



UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
LUÍS DE CAMÕES
DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

DISSERTAÇÃO

A VALORAÇÃO DO SILÊNCIO DO ARGUIDO

Mestranda: Sara Isabel Feio Pinto
Orientador: Mestre José Joaquim Monteiro Ramos

LISBOA
2014

Ao Francisco e à Maria.

AGRADECIMENTOS

Ao Ivo, que acreditou em mim.

À minha mãe, que me leva ao colo pela vida.

Ao meu orientador, que não me deixou perder a fé neste estudo. Ofereço-lhe o meu silêncio, pois sei que jamais o usará contra mim.

Ao Tio. Porque sim.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. Artigo

Al. Alínea

Als. Alíneas

AR Assembleia da República

CADH Convenção Americana sobre Direitos Humanos

CEDH Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cfr. Conforme

CP Código Penal

CPP Código de Processo Penal

CRP Constituição da República Portuguesa

DUDH Declaração Universal dos Direitos do Homem

Ed. Edição

MP Ministério Público

OPC Órgão de Polícia Criminal

P. Página

PALOP Países Africanos de língua Oficial Portuguesa

PIDCP Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos

PJ Polícia Judiciária

STJ Supremo Tribunal de Justiça

SS Seguintes

TEDH Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TC Tribunal Constitucional

TRC Tribunal da Relação de Coimbra

Vol. Volume

V.g. “verbi gratia” (por exemplo)

RESUMO

Nesta dissertação procuramos analisar como um sujeito processual, que nem sempre assumiu este estatuto, vê garantido o respeito pelos mais básicos direitos fundamentais.

A prática de crimes perturba a paz jurídica e há que garantir os direitos fundamentais de todos os cidadãos, e, ainda assim, descobrir a verdade e realizar justiça.

O arguido tem o direito a falar, se assim entender, e a esclarecer a sua versão dos factos. Ou, então, tem o direito a manter-se em silêncio sem que tal possa prejudicá-lo.

Uma vez que o arguido não assume o estatuto de testemunha, as suas declarações têm uma disciplina própria, consonante com as normas constitucionais.

Tal direito tem tido uma evolução histórica, que será analisada, de forma a que se possa compreender o presente e tentar prever as evoluções futuras.

Há uma quebra do dever de colaboração? Que benefícios ou malefícios pode trazer para a descoberta da verdade material?

E as novas alterações ao Código de Processo Penal, garantem ou não o direito ao silêncio?

São estas algumas das questões se surgem ao longo deste estudo e a que procuramos dar resposta.

Palavras-chave: silêncio; arguido; auto-incriminação; inocência; direitos fundamentais.

ABSTRACT

In this dissertation we endeavor to analyze how procedural subject , who has not always claimed this status, has his most basic rights granted and respected.

Crime acts as a disturbance to judicial peace and it is vital to ensure that all citizens' basic rights are observed, whilst establishing the truth and making justice.

The defendant has the right to speak, should he see fit to, and expose his version of the facts. Conversely, he also has the right to remain silent, without any detriment to his cause.

Given the fact that the defendant is not and cannot be regarded as a witness, his statements follow their set of rules and discipline, in accordance with constitutional norms.

Such right derives from a historical evolution that will be analyzed, in order that one can fully understand the present and become better equipped to project future trends.

Is there a breach of the duty to cooperate with justice? What benefits or harm can arise from establishing the material facts truth? And do the new changes to the Code grant or not the right to remain silent?

These are some of the questions that arise throughout this document and that we will endeavor to find an answer for..

Key words: silent, defendant, self-incrimination, supposed innocence, fundamental rights,

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	2
LISTA DE ABREVIATURAS	3
RESUMO	4
ABSTRACT	5
INTRODUÇÃO	8
I-EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO AO SILÊNCIO	11
Direito Hebraico	11
Direito Grego	13
Direito Romano	14
Direito Germânico	16
Direito Canónico.....	17
Sistemas Jurídicos Anglo-Saxónicos.....	18
Influência Iluminista.....	19
Sistema Jurídico Português.....	20
II- DIREITO AO SILÊNCIO NO DIREITO ESTRANGEIRO	28
SISTEMAS NOS PALOP	28
Sistema Angolano.....	28
Sistema Moçambicano.....	29
SISTEMAS ROMANO-GERMÂNICOS	31
Sistema Alemão.....	31
Sistema Italiano	32
SISTEMAS DA COMMON LAW	33
Sistema Inglês.....	33
Sistema Americano.....	34
Sistema Espanhol.....	38
Sistema Brasileiro.....	39
Direito Internacional Público.....	40
III- JURISPRUDÊNCIA DO TEDH	42
Jean Gustave Funke c. França	42
John Murray c. Reino Unido	43
Saunders c. Reino Unido	45

Telfner c. Áustria.....	46
Bendenoum c. França.....	47
IV-ABORDAGEM CONSTITUCIONAL.....	48
<i>Nemo tenetur se ipsum accusare</i>	48
Possibilidade de restrição das garantias processuais	49
Direito ao silêncio.....	53
V-JURISPRUDÊNCIA NACIONAL.....	60
VI-BREVE ANÁLISE ÀS ALTERAÇÕES AO REGIME DAS DECLARAÇÕES DO ARGUIDO.....	63
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
BIBLIOGRAFIA.....	69

INTRODUÇÃO

Vivemos na era da globalização e, com ela, surgem novas formas de criminalidade, conseqüentemente, também elas mais complexas e cada vez mais próximas da aparente perfeição.

O mundo é hoje um palco em constante mutação que se depara com novos desafios. Paralelamente, a sociedade sente-se menos segura e pretende combater de forma eficaz esta nova realidade. Assim, assistimos ao agravamento das sanções, a diferentes poderes de investigação e a uma tentativa de criação de meios mais eficazes de combate ao crime que podem, de alguma forma, ser tão hábeis que acabam por beliscar o que se entende por direitos fundamentais.

Concordamos com o que diz Guedes Valente, “O fenómeno do terrorismo despertou alguns pensamentos que fazem parte da história e que fazem parte do nosso estudo para que jamais percamos essa consciência histórica que nos dá força de lutar, como os nossos antepassados, por negarmos e afastarmos as ideologias da supra-individualidade do Estado e defendermos a essência do Estado: o ser humano”.¹

O que se pretende é que não haja uma instrumentalização da justiça a favor de um determinado interesse e, sim, a procura da verdade material.

Ainda assim, não nos esqueçamos, como ensina José Ramos, que o processo penal do século XX está construído à volta do arguido, da sua defesa e estatuto. No entanto há outros intervenientes na situação objecto de tratamento processual.²

Assim, e na esteira do seu ensinamento, “(...) o processo penal moderno e democrático tende a ser público e a punir os agentes da prática de factos qualificados como crime, ao mesmo tempo que permite às vítimas de crime a sua participação activa na construção do processo e satisfazer as legítimas exigências de reparação dos danos que o acto ilícito lhes causou.”³

¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo, O progresso ao retrocesso*, Almedina 2010, p.9.

² RAMOS, José Joaquim Monteiro, - *A oficialidade e os menores vítimas de crime : conflitos e harmonias na busca da tutela*. Lisboa : Edual, 2012.p. 37.

³ RAMOS, José Joaquim Monteiro, op.cit, p. 38.

(...)Ao lado do arguido, a vítima assume hoje um importante papel no desenvolvimento do processo penal, sendo-lhe atribuídos direitos processuais cujo exercício depende da assunção da qualidade processual de assistente ou de parte civil e que contribuem de forma decisiva para a definição dos factos e do direito.”

Quando se opta pela segurança, em detrimento da garantia dos direitos fundamentais, acaba por se perder ambos.

Diz Guedes Valente, a este respeito, “O processo crime mais não é do que uma “sequência de actos juridicamente pré-ordenados e praticados por certas pessoas legitimamente autorizadas em ordem à decisão sobre se foi praticado algum crime e, em caso afirmativo, sobre as respectivas consequências jurídicas e a sua justa aplicação”, não pode, nos nossos dias, deambular em um radicalismo porfiriano, quer na defesa do arguido quer na defesa exacerbada da comunidade, mas antes deambular em um caminho doutrinário e jurisprudencial-que devem orientar e ajudar as opções de política criminal-que induza o interprete e o aplicador à realização da justiça “justa”.⁴

Pretendemos debater-nos contra qualquer tipo de retrocesso do Direito e contra a perspectiva da aniquilação dos resultados de uma longa e histórica luta na conquista dos Direitos Humanos.

Assim, entendemos que a compreensão deste direito exige o estudo da sua evolução histórica, atravessando os mais diversos modelos processuais, bem como a evolução da própria figura de arguido-de mero objecto de prova a sujeito processual.

Na esteira do que ensina Guedes Valente, “Não nos olvidemos de que o processo criminal surge para os homens rectos, para a sua protecção, o que implica que, como instrumento da aplicação da sanção tem que se relacionar directamente com os direitos fundamentais, porque estes se apresentam como um limite inultrapassável(...)”.⁵

O objectivo deste estudo é, então, analisar as origens, a estrutura normativa, a protecção e as restrições do direito ao silêncio, procurando ter uma visão crítica do mesmo no panorama do processo penal.

Esperamos contribuir para o reforço da protecção da garantia do direito ao silêncio, delimitando o seu conteúdo e fundamento, que consideramos que deve ser protegido, bem

⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, , *Processo Penal*, TOMO I, 3ª edição, Almedina, 2010 . P. 23-24.

⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *op. Cit.*, p. 142.

como desenvolver um caminho que permita compatibilizar este com os mais diversos direitos fundamentais com que possa, eventualmente, colidir.

Analisamos ainda as novas alterações ao CPP, manifestando reservas quanto às mesmas e tentando demonstrar que não estamos, agora, perante um *jus puniendi* eficiente, garantista e respeitador dos direitos fundamentais do arguido .

I-EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO AO SILÊNCIO

O silêncio é a ausência de som. No entanto, em processo penal, quem não fala está a usufruir do exercício de um direito, baseado na dignidade da pessoa humana.

É o corolário do direito à não auto-incriminação. Este silêncio, ao longo dos tempos, já teve vários significados, desde a presunção de culpa à preservação de direitos.

Analisemos, então, a evolução do direito ao silêncio nos mais diversos sistemas jurídicos.

Como diz Cabral Moncada “A história do direito não é apenas o estudo descritivo das instituições jurídicas do passado. Além de nos descrever as formas dessas instituições, este ramo da história, como geralmente é entendido, visa também a fornecer-nos a sua explicação filosófica, isto é, dar-nos a chave do problema da sua origem e da razão espiritual das suas transformações”⁶

Direito Hebraico

Foi o povo hebraico que, pela primeira vez, estabeleceu o interrogatório no qual o juramento não era a regra. Pelo Código de Hamurabi⁷ não havia uma definição formal de interrogatório. Não obstante, as palavras do acusado tomadas sob juramento em nome de Deus, e podendo assim ser admitidas como prova, serviam muito mais para benefício da sua defesa do que para a sua incriminação.

No respeitante às leis de Manú, ainda que não fosse obrigado ao interrogatório, quando comparecia perante o tribunal deveria dizer a verdade.⁸

Na Palestina existiam três tipos de Tribunais: O Tribunal dos Três, o Tribunal dos Vinte e Três e o Sinédrio, tendo cada um grau de jurisdição.

⁶ MONCADA, L. Cabral, *Estudos da História do Direito Acta Universitatis conibrigenis*, Coimbra, V.I, pag.83.

⁷ Entre os babilónicos.

⁸ *O homem quando se cala ou mente é igualmente culpado.*

O Tribunal dos Três era constituído por três juizes, estando sediado à entrada de cada cidade e a sua competência era, em matéria criminal, os delitos mais leves e, em matéria civil, as obrigações pecuniárias, podendo-se recorrer das decisões para o Tribunal dos Vinte e três.

O Tribunal dos Vinte e Três era, então, um Tribunal de Recurso, bem como julgava crimes puníveis com a pena de morte, situando-se em aglomerados com mais de 120 pessoas.

Já o Sinédrio era o Tribunal Supremo.

As escrituras do povo hebraico são o Pentateuco, que são os cinco primeiros livros da Bíblia de autoria de Moisés, sendo eles: a Génesis, de natureza histórica, o Êxodo, de natureza histórica, leis sacramentais, leis de cunho civil e penal, o Levítico, constituído por normas religiosas, mas também tem leis civis e penais dispersas, o Números, constituído por genealogias, o Deuterónimo⁹, que é basicamente uma repetição das normas civis e penais dos outros livros.

Nestas escrituras¹⁰ consta *uma só testemunha contra ninguém se levantará por qualquer iniquidade, por qualquer pecado, seja qual for o pecado que pecasse (...)* (XIX, V. 15).

Este princípio é fundamental no processo hebraico: só com duas ou três testemunhas é que o caso seria julgado.¹¹

Para este povo a confissão era um acto contra a ordem, uma vez que, sobretudo nos casos punidos com pena capital, podia ser fatal.

Na senda dessa premissa, também a tortura não era tida em conta como meio de obtenção de prova. No entanto, as testemunhas estavam obrigadas a falar com verdade, dever que não recaia sobre o acusado.

⁹ Segundo estudos, este é uma consolidação de antigas leis, a que Moisés extraiu o que lhe pareceu mais adaptável e acrescentou normas mais positivas.

¹⁰ O Pentateuco ou Torah.

¹¹ Encontramos, no entanto, no Evangelho de S. Marcos 14, 53-64, um afastamento da regra das duas testemunhas, o que gera duras críticas ao julgamento de Jesus: **Jesus é condenado pelo Sinédrio** (Mc. 14, 53-64). *Conduziram Jesus a casa do Sumo-sacerdote, onde se juntaram todos os sumos-sacerdotes, os anciãos e os doutores da Lei. Ora os sumos-sacerdotes e todo o Sinédrio procuravam um testemunho contra Jesus a fim de lhe dar a morte, mas não o encontravam; de facto, muitos testemunharam falsamente contra Ele, mas os testemunhos não eram coincidentes. O Sumo-sacerdote ergueu-se no meio da assembleia e interrogou Jesus: «Não respondes nada ao que estes testemunham contra ti?» Mas Ele continuava em silêncio e nada respondia. O Sumo-sacerdote voltou a interrogá-lo: «És Tu o Messias, o Filho do Deus Bendito?» Jesus respondeu: «Eu sou». O Sumo-sacerdote rasgou, então, as suas vestes e disse: «Que necessidade temos ainda de testemunhas? Ouvistes a blasfémia! Que vos parece?» E todos sentenciavam que Ele era réu de morte.*

Ao acusado eram lidas as peças processuais e apresentadas as testemunhas de acusação. Podia mentir, e jamais seria condenado apenas pela sua confissão, podendo ainda remeter-se ao silêncio.

O Direito Hebraico perdeu a sua influência com a dominação romana. Teve grande influência no Direito Canónico, pois ambos se baseavam no Antigo Testamento.

Direito Grego

Não existia unidade judiciária e, como tal, cada uma das Cidades Estado tinha normas processuais próprias. No entanto, o direito Ateniense dominava, havendo uma distinção entre os crimes públicos e os crimes privados, sendo que os privados eram punidos pelo ofendido.

A Justiça era feita de forma democrática: os cidadãos eram chamados a participar quer como acusadores quer como juízes.

Havia quatro tipos de tribunais, todos eles de natureza colectiva, a saber:

- A Assembleia do Povo ou Ecclesia, que se ocupava de julgar crimes políticos muito graves;
- o Areópago, que julgava crimes premeditados, incêndios, traições e ilícitos punidos com pena capital;
- O Tribunal dos Efetas julgava homicídios involuntários;

E o

- Tribunal dos Heliastas, era de jurisdição comum. Podia ter de 100 a 6000 juízes.

Neste sistema não existia a figura do recurso. Cada Juíz tinha um voto, sendo que a decisão era tomada por maioria e, em caso de empate, o acusado era absolvido.

Os princípios do contraditório, oralidade e publicidade caracterizavam os julgamentos.

O interrogatório do arguido era tanto um meio de prova como um meio de defesa. O acusado prestava juramento e tinha o dever de falar com verdade sobre os factos que lhe eram imputados, sendo a tortura um meio de obtenção de prova admitido e que se aplicava tanto ao acusado como às testemunhas.

No entanto, a regra é que este meio de obtenção de prova estaria reservado para os escravos, uma vez que estes, pela sua condição, não poderiam prestar juramento.

Direito Romano

A História de Roma está dividida em três grandes períodos: a Monarquia (753-509 a.c.), a República, (509 a.c.-27 a.c.) e o Império (27 a.c.-476 d.c.). O Império é, por sua vez, subdividido em Alto Império e Baixo Império, sendo que o primeiro corresponde à fase do regime político do Principado e o segundo ao regime político do Dominato.

Em termos de aplicação da justiça Penal, em qualquer uma das três fases, não há informação.

Na República as leis eram um segredo guardado pelos pontífices e outros representantes dos patrícios e eram postas em prática com grande severidade contra os plebeus.

Uma vez que era tudo secreto, há uma imensa dificuldade em saber como era essa realidade jurídica.

Ainda assim, esta era uma época caracterizada por um processo penal inquisitório, que só foi abandonado nos últimos anos da República, altura em que passou a ser um sistema de base acusatória, no qual o Juíz era simultaneamente investigador e julgador.

Não há informação consistente ou coerente sobre o momento da audição do arguido.

Hoje em dia, o que temos de mais conhecido da época é a Lei das Tábuas¹², mas mesmo este conhecimento é apenas através dos relatos constantes nas mais variadas obras, uma vez que em 390 a.c. um incêndio destruiu por completo o suporte das referidas obras.

¹² A Lei das XII Tábuas foi uma reivindicação dos plebeus, cansados da incerteza de um direito de natureza consuetudinária, cuja interpretação era apanágio exclusivo dos sacerdotes e dos magistrados patrícios. Pressionado pelos plebeus, o Senado enviou três dos seus membros à Grécia, com o objectivo de estudarem as leis gregas. Aquando do seu regresso foi nomeada uma comissão de dez juriconsultos, à qual foi atribuída a missão de elaborar a redacção das leis exigidas pelos plebeus. No ano de 451 a. C., um conjunto de dez tábuas, em bronze ou madeira, foram exibidas no *Comitium*, lugar do fórum, reservado à justiça. Posteriormente, mais duas tábuas são adicionadas às primeiras, dando, assim, o número de doze. No ano de 390 a.C., um incêndio destrói completamente o suporte das referidas normas. A sua reconstituição foi feita com base em relatos, constante de múltiplas obras. A Lei das XII Tábuas é a mais importante lei do período republicano, constituído igualmente o primeiro documento legislativo escrito dos romanos. Tito Lívio refere-se à *Lex Duodecim Tabularum* como sendo a

No entanto, sabemos que a Lei das Tábuas é não só o primeiro documento legislativo escrito dos romanos, como a mais importante lei do período Republicano.

As opiniões dos romanistas dividem-se: para uns o interrogatório não existia de todo. Para outros, porém, não só existia como era fundamental no processo, sendo que o acusado prestava juramento e tinha o dever de prestar declarações. Caso não o fizesse era sancionado com multa, prisão ou tortura.

No tempo da *República Romana*, surge a *Lex Valeria de provocatione*, que consistia em pedir ao povo a anulação da sentença proferida como resultado da *inquisitio*¹³.

Da decisão fundamentada pela *inquisitio*, a *Lex Valeria de provocatione* permitia que o réu *provocatio ad populum*, na sequência da qual decorreria um novo julgamento. Neste, o magistrado, de cuja condenação se recorreu, passava a actuar na qualidade de acusador.

Em caso de confirmação da acusação pelo povo o acusado estava condenado.

No fim da República introduziu-se uma figura chamada *questiones perpetuae*¹⁴, dependendo de um acusador privado o desencadear de um processo criminal. Se, inicialmente, era o ofendido e seus parentes que tinham o direito de acusar, mais tarde também os cidadãos passaram a ter esse direito.

Os poderes de investigação eram do acusador privado, que realizava inspecções locais, notificava as testemunhas bem como as inquiria, e apreendia documentos, podendo o acusado acompanhar as investigações, sendo posteriormente ouvido.

Se confessasse, o acusado aguardava o julgamento sujeito a prisão. Mas, caso negasse as acusações, teria que pagar uma caução para permanecer em liberdade.

O acusado continuava, ao abrigo da *Lex Julia Judiciorum Publicorum*, a ter a obrigação de falar com verdade. Se se remetesse ao silêncio, tal era tido como sendo uma confissão. Assim, não havia necessidade de produzir prova adicional sendo fixada pena.

fonte de todo direito público e privado romano (*fons omnis publici privatique juris*). As tábuas que a compõem, versam acerca das seguintes matérias:

- a) Tábuas I a III - tratam do Direito Processual;
- b) Tábuas IV a V - abordam o Direito de Família e Sucessões;
- c) Tábua VI - estuda os negócios jurídicos mais importantes;
- d) Tábuas VII a XII - contemplam o Direito Penal.

¹³ A *inquisitio* era a fase instrutória na qual o *pretor* disponibilizava ao acusador uma comissão (*legem*), para que procedesse a todas as investigações.

¹⁴ Regulamentada pela *Lex Julia Judiciorum Publicorum*.

No período da Roma Imperial passámos do sistema baseado na acusação privada para a restauração de um modelo de processo penal inquisitório.¹⁵

Os crimes que não fossem objecto de acusação particular eram investigados officiosamente pelo julgador, coadjuvado pelo *quaesitor* e pelo *tortor*. O *quaesitor* dirigia a aplicação da tortura e o *tortor* executava-a.

A tortura não visava apenas o acusado mas também as testemunhas. Tendo sido legitimada, o acusado volta a ser objecto de processo e não sujeito, sendo o seu interrogatório considerado como meio de obtenção de prova (assistimos, portanto, a um retrocesso).

Direito Germânico

Após a fragmentação, no século V, do Império Romano do Ocidente, encontramos, entre os povos germânicos mais evoluídos, os Visigodos, autores do Código Visigótico.

Este código era para ser aplicado a todos os habitantes da Península Ibérica¹⁶, independentemente da raça a que pertencessem, e cuja dinâmica se baseava num sistema de provas irracional. O Divino tinha presença na aplicação da Justiça.

O direito ao silêncio do acusado não existia. O ofendido ou os seus herdeiros é que acusavam e o acusado tinha duas hipóteses: ou reparava os danos causados, havendo, assim, prova da sua culpa, ou era submetido ao juízo de Deus ou dos ordálios.

Só havia lugar ao pagamento de uma indemnização nos crimes particulares.

Nos casos de crimes mais graves, a culpa ou a inocência eram apuradas (uma vez que não existia a prova racional) através dos ordálios ou juízos de Deus, bem como dos juramentos purgatórios. Estes eram juramentos de inocência, sendo certo que se o acusado mentisse a justiça divina castigá-lo-ia.

Ou seja, uma vez que Deus conhecia a verdade e a mentira, era delegada Nele a realização da Justiça, em razão da sua onisciência.

¹⁵ *Cognitio extra ordinem*.

¹⁶ Onde os Visigodos chegaram no ano 416 d.c.

Estes juramentos purgatórios também podiam ser exigidos ao acusador, havendo ainda a exigência de acrescer a este juramento o juramento de outras pessoas (familiares, vizinhos, etc.)

Muitos destes juramentos, eram uma condição para prosseguir a acusação e outras vezes provavam a culpa do Réu, sendo prova bastante do ilícito.

Se não existissem, era, então, dada a possibilidade ao acusado de também proceder ao mesmo juramento e afirmar a sua inocência.

Os ordálios¹⁷ podiam ser unilaterais, contando apenas com a participação do acusado, ou bilaterais, havendo uma disputa entre acusador e acusado até surgir um vencedor.

Estas disputas, ou seja, as modalidades de ordálios, podiam revestir várias formas, como por exemplo duelos, provas de fogo, provas de água fria, a prova da cruz ou até a prova do cadáver.¹⁸ A convicção era que se fossem inocentes, os acusados saíam ilesos. Caso contrário, se fossem culpados, seriam castigados, muitas vezes perdendo a vida.

Direito Canónico

De início, o processo penal católico era acusatório, o que se manteve até ao fim do século XII. O processo começava com a apresentação de um libelo escrito, onde era requerida a presença do réu em juízo, sendo da responsabilidade das partes a apresentação das provas.

No início do século XIII, passando o processo a ser inquisitório, este era iniciado oficialmente pelo magistrado que tivesse conhecimento de uma infracção.

¹⁷ Eram reservados para delitos graves e consistiam em provas físicas as quais, se superadas, resultavam na absolvição do acusado.

¹⁸ As modalidades de ordálios eram algo variáveis, englobado, entre outras, as seguintes provas: a) o duelo. Os duelos eram provas precedidas de juramentos: um dos intervenientes jurava que o direito estava do seu lado e o outro que o juramento daquele era falso. O recurso a armas de fogo era igualmente uma nota caracterizadora deste tipo de ordálios. As “provas” poderiam durar até três dias, com três assaltos em cada dia. Se nenhum dos intervenientes fosse atingido perderia o desafiador; b) a prova do fogo (realiza-se de múltiplas maneiras: fazendo o acusado tocar com a língua num ferro quente ou obrigando-o a transportar nas mãos uma barra de ferro em brasa, durante o lapso de tempo necessário a completude de nove passos, ou mesmo compelindo-o a caminhar de pés descalços sobre nove ou doze barras de ferro incandescentes; c) a prova da água fria (consistia lançar o acoso à água depois de lhe ter sido amarrada a mão direita pé esquerdo. Caso viesse à tona era tido como culpado); d) a prova da cruz (era um ordálio bilateral e como tal exigia a participação de ambas as partes. Perdia a prova o primeiro dos intervenientes deixava cair os braços que deveriam permanecer estendidos em forma de cruz); e) a prova do cadáver (a prova do cadáver consistia em colocar o corpo da vítima diante do acusado: se do cadáver corresse sangue, estava encontrado o autor do homicídio).

A fase de produção de prova era secreta. De tal modo que durante o interrogatório o acusado não era tão pouco informado do que era acusado, nem dos testemunhos incriminatórios, tal como também não era revelada a identidade das pessoas que tinham prestado declarações.

O direito ao silêncio não existia, existindo, sim, o dever de confessar e mostrar arrependimento.

Se não confessasse, poderia ser torturado, o que só devia acontecer se houvesse testemunhas fidedignas do crime ou se o acusado já tivesse antecedentes criminais, má reputação, maus costumes ou tivesse tentado fugir.

Na sequência do Concílio de Viena, e a partir de 1311, passou a ser necessária uma autorização prévia do bispo diocesano para recorrer à tortura, sendo que a sentença era dada numa sessão pública (o auto de fé).¹⁹

Em determinadas circunstâncias, o acusado podia ser assistido por um advogado. No entanto, em caso de condenação, o advogado podia ser igualmente condenado com o acusado, pela prática de crime de protecção à heresia.

Sistemas Jurídicos Anglo-Saxónicos

Foi em 1640 que o direito ao silêncio do arguido, enquanto corolário do privilégio contra a auto-incriminação, se consagrou expressamente no sistema jurídico Anglo-Saxónico. No entanto, só passado um século, e sob a influência dos iluministas, é que se generalizou nos diversos ordenamentos jurídicos continentais.

O princípio do privilégio contra a auto-incriminação foi afirmado durante o reinado de Carlos I de Inglaterra.

O direito ao silêncio do arguido, ainda que tenha tido uma consagração formal, não teve qualquer impacto na prática judiciária.

¹⁹ *O conhecimento do crime do crime da heresia pertence principalmente aos juízes eclesiásticos. E porque eles não podem fazer as execuções os condenados no dito crime por serem de sangue, quando condenarem alguns hereges, os devem remeter a nós com as sentenças que contra eles derem, para os nossos desembargadores as verem, aos quais mandamos que as cumpram, punindo os hereges condenados, como por direito deve.* (Ordenações Filipinas, Livro V, Capítulo I, Dos hereges e dos apostadas).

No que dizia respeito à produção de prova, no processo penal inglês, o procedimento era em tudo semelhante à Igreja católica. O acusado devia responder com verdade, sendo para o efeito ajuramentado. O juramento tinha duas vertentes: jurava dizer a verdade e jurava estar inocente.

Na prática judiciária o acusado sentia-se obrigado a testemunhar, ainda que quer a doutrina quer a jurisprudência inglesas tenham sido as primeiras a conceber o privilégio contra a auto-incriminação.

Uma vez que o sistema permitia ao acusado depor como testemunha, prestando juramento e arriscando um *cross examination*, se optasse pelo silêncio acabaria, aos olhos dos jurados, por lançar suspeitas sobre a sua culpabilidade.

Influência Iluminista

O século XVIII foi o século das luzes.

O Homem era uma entidade distinta da colectividade, autónomo e sujeito de direitos, tendo o poder de determinar a sua vontade e o seu destino.

Encontramos vários autores que influenciaram esta época, tais como Montesquieu, Rousseau, Locke ou Beccaria.

Beccaria, na obra “Dos Delitos e das Penas” (1764), insurge-se contra a pena de morte e o absolutismo. Para o autor, as penas deviam respeitar o princípio da proporcionalidade, tendo-se insurgido também contra a tortura e a ajuramentação dos arguidos, defendendo que jamais a confissão poderia ser considerada prova *regina*: “Há uma contradição entre as leis e os sentimentos naturais do homem que nasce dos juramentos que se exigem ao réu para que seja um homem verdadeiro, quando tem o máximo interesse em ser falso. Como se o homem pudesse jurar sinceramente, quando contribui para a sua própria destruição.”²⁰

Em 1789, com a Revolução Francesa, foi proclamada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e, após a mesma, várias codificações.

O processo penal “nascido” da Revolução Francesa é de estrutura acusatória.

²⁰ BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, 2009, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, tradução de José Faria da Costa, p. 101.

Nos seus artigos 317º e 319º o *Code d'Instruction Criminelle*²¹ consagra o direito ao silêncio do arguido. No entanto, não esclarece nada em relação à valoração do mesmo, o que abre espaço para que este seja interpretado contra o acusado.

Sistema Jurídico Português

Antes das Ordenações Afonsinas, as normas de direito processual penal que vigoraram eram uma mistura de normas do direito canónico, do direito romano e do direito germânico.

Quer os ordálios, quer os juramentos purgatórios eram uma prática habitual na Idade Média. Eram também bastante comuns os conflitos de jurisdição entre a justiça real e a eclesiástica.

Incluímos na categoria de fontes de direito, quer de Direito Penal, bem como de Processo Penal o *Corpus Iuris Civilis*²², o *Corpus Iuris Canonici*²³, o Código Visigótico, bem como os forais. Estes, no fundo, mais não eram que reproduções das codificações já referidas.

A primeira referência ao silêncio consta do Livro das Leis e Posturas, fls. 7 1 coluna, ordenada por D. João I a Joanne Mendes: (...)sse o demandado diz que non he theudo a responder deue a dizertodaldas razões que há por ssy em cada huu passo.²⁴

²¹ Também conhecido como Código Napoleónico., foi o responsável pelo início do fim do sistema inquisitivo, que vigorava na Europa do século XIX.

²² O *Corpus Iuris Civilis* constitui um conjunto muito heterogéneo de fontes de direito romano promulgadas durante a governação do Imperador Justiniano, imperador do oriente, sendo o reflexo de uma notável actividade legislativa desenvolvida entre 529 e 565. São IV os livros que compõem o *Corpus Iuris Civilis*:

- a) *as Instituciones* (do ano de 533)
- b) os *Digesta ou Pandectae* (também do ano de 533);
- c) *Codex repetitae prelectiones* (do ano de 534)
- d) *Novellae leges ou Constituciones* (agrega as Constituições Imperiais promulgadas entre 535 e 565).

- e) *Novellae leges ou Constituciones* (agrega as Constituições Imperiais promulgadas entre 535 e 565).

²³ Trata-se de uma codificação composta de 5 partes autónomas, redigidas entre os séculos XII e XV. Integram o *Corpus Iuris Canonici*:

- I. O decreto de Graciano de 1140;
- II. Os Decretais de Gregório IX (de 1239);
- III. O Livro Sexto (de 1298)
- IV. As Extravagantes de João XXII;
- V. As Extravagantes Comuns (séc. XV)

²⁴ RISTORI, Adriana Dias Paes, *Sobre o Silêncio do Arguido no Interrogatório no Processo Penal Português*, Almedina, 2007, p.54.

Seguidamente, encontramos as Ordenações Afonsinas²⁵, cuja data de publicação se desconhece (calculando-se que terá sido entre 1446/7) e que consubstanciam uma compilação das normas do Direito Romano, do Direito canónico, e do Código Visigótico, aclamando um processo penal de natureza inquisitória, no qual o recurso à tortura era a base.

Tal como vem referido no Decretales, que é um dos escritos que compõe o *Corpus Iuris Canonici*, a devassa, a denúncia ou a querela eram suficientes para iniciar o procedimento criminal ordinário. Esta última, teve origem no costume e nas leis nacionais, não sendo directamente fundada no Direito canónico.

A denúncia e a devassa estavam ligadas, pois as delações eram a base desta forma oficiosa de crime. As devassas podiam ser especiais ou gerais. Nas especiais, havia a certeza do cometimento do crime, mas o seu autor era incerto.

Podiam ser admitidas, excepcionalmente, devassas gerais, que se identificavam com investigações e eram focadas na actividade de certas pessoas, sem que as investigações fossem despoletadas para haver conhecimento de um ilícito. O procedimento podia ter início numa querela, que era uma espécie de queixa formulada pelo ofendido ou por um terceiro. Se o quereloso não fosse o ofendido, tinha que prestar caução.

Terminada que estava a fase preliminar, o Juiz, concluindo pela culpabilidade do réu ou do arguido, proferia um despacho de pronuncia e determinava de imediato a prisão do pronunciado.

A acusação era da competência do promotor ou do escrivão e a ela seguia-se a fase de julgamento, processando-se a audiência da seguinte forma: caso o acusado não confessasse o crime que lhe era imputado, ouviam-se as testemunhas e, após a produção da prova testemunhal, era ouvido uma segunda vez. Esta segunda audição do arguido tinha como objectivo obter uma confissão e, caso fosse necessário, recorria-se à tortura para o efeito, não tendo o arguido direito a não responder.

Caso optasse por manter o silêncio, poderia ser submetido a tortura. A esta, só escapavam os fidalgos do solar, o cavaleiro de espora dourada, os vereadores, ou os doutores em leis ou em física, à excepção de se tratarem de crimes de lesa-majestade, de falsidade ou de feitiçaria.

²⁵ Compiladas por ordem de D. João I, concluídas e publicadas por D. Afonso V.

Já com as Ordenações Manuelinas²⁶, promulgadas por D. Manuel, o Venturoso, veio o reconhecimento expresso que era inútil o acusado prestar quaisquer declarações sobre os crimes que lhe eram imputados, uma vez que em contexto de coacção, a tendência seria negar. No entanto, tal não significa que tinha o direito ao silêncio, sendo coagido a colaborar. Ainda que o acusado usasse a palavra e negasse os factos, tal não o desonerava da tortura. Se ainda assim resistisse à tortura e nada dissesse, tal era equivalente a uma confissão.

No entanto, se confessasse, a confissão teria que ser posteriormente ratificada, em juízo.²⁷

O espírito das Ordenações Manuelinas foi seguido pelas ordenações Filipinas, promulgadas em 1603²⁸. No entanto, no fim da sua vigência, vieram isentar de tortura os que padeciam de anomalia, as mulheres grávidas, os velhos, os soldados, os vereadores, os nobres, os letrados e os menores de catorze anos.

Não há, nestas fases, garantias ao silêncio, no entanto, estava previsto nas Ordenações Manuelinas que *a sexta cousa, que he necessária pêra o litigante seer obrigado depoer aos artigos, he, que non sejam os artigos criminosos, porque no feito crime nom he a parte obrigada depoer aos artigos que contra elle forem dados; porque sendo constringido pêra a elles depoer, sempre negaria o crime de que fosse acusado, e seria causa de cahir em perjuro, por escusar a pena que por o tal malefício mereceria se o confessasse; e bem assi non será obrigado de depoer aos artigos, por que fosse demandado por alguma pena pecuniária ou sendo taaes que encorreria nella, se confessasse os ditos artigos*²⁹, uma vez que (...) *pronunciando sobre o libelo mande ao acusado, que conteste negando ou confessando e não querendo contesta o juiz conteste por elle por negaçam*³⁰

O Séc. XVIII e a primeira metade do Séc. XIX ficaram marcados por inúmeras tentativas de reforma processual, que não conseguiram substituir as Ordenações. No Reinado de D. Maria I foi projectada uma reforma ao livro V das Ordenações Filipinas, de que foi incumbido

²⁶ Constituídas por 5 livros, consubstanciam uma versão reformada das Ordenações Afonsinas e foram publicadas em 1521, ano em que faleceu o Rei D. Manuel I. O primeiro exemplar foi impresso a 11 de Março de 1521, na tipografia de Jacob Cromberger.

²⁷ Esta regra foi instituída por lei promulgada por D. João I, a qual determinava que ninguém poderia ser condenado por confissão obtida mediante aplicação de tormentos, a menos que essa confissão fosse ratificada em juízo.

²⁸ Promulgadas por Felipe II, revalidadas por D. João V em 1643, após a libertação de Portugal do domínio espanhol.

²⁹ Ordenações Manuelinas, Livro III, Título XL, e nas Ordenações Filipinas, Livro III, Título LIII.

³⁰ Ordenações Manuelinas, Livro V, Título I, e nas Ordenações Filipinas, Livro V, Título CXXIV.

por carta régia datada de 22.03. 1783, Pascoal José de Mello Freire que era um crítico da legislação penal. Contestava nomeadamente o princípio da suficiência da confissão do réu e a aplicação de tormentos. O resultado do seu labor foi o projecto de Código Criminal, que nem sequer chegou a ser sujeito a discussão.

Em 1832, 1837 e 1841 respectivamente, encontramos a Reforma Judiciária, a Nova Reforma Judiciária e a Novíssima Reforma Judiciária, cujos diplomas são bastante emblemáticos.

A Reforma Judiciária de 1832, consagrada no Decreto 24 de 16 de Maio de 1832, assinado pelo regente D. Pedro IV, modificou a regulamentação de processo penal (nomeadamente extinguido de imediato as devassas e as denúncias), sendo que o modelo adoptado aproxima-se muito do inglês, nomeadamente na forte aproximação dos jurados no processo penal.

Previam-se, agora, três formas de processo: uma destinada ao julgamento dos crimes, e duas afectas ao julgamento das contravenções.

No que respeita ao julgamento dos crimes, também esta fase se dividia em duas fases: uma fase secreta, que era a fase do processo preparatório, que terminava com a audiência de pronúncia, e uma segunda fase, a de acusação e julgamento, que já era pública.

Nos crimes particulares, havia a fase de conciliação prévia dos intervenientes, que era obrigatória, sendo que estes eram tidos como sendo verdadeiras partes.

O processo preparatório começava com a elaboração pelo Juiz do corpo delicto.

Eram recolhidos os indícios da prática do crime, sendo que após era formulado um despacho de pronúncia que era submetido a uma audiência pública, a apreciação do júri de pronúncia. Se este pronunciasse o acusado, o MP deveria apresentar o libelo acusatório, o que daria início à fase de acusação e julgamento.

Relativamente ao interrogatório do arguido, só era obrigatório na fase preparatória do processo, e caso o arguido estivesse preso. Se o arguido estivesse em liberdade, o interrogatório era facultativo, mas, caso existisse, era o mesmo secreto e sem presença de defensor, não obstante ser obrigatória a presença de duas testemunhas.

O arguido era igualmente interrogado na audiência de ractificação da pronúncia e, posteriormente, na audiência de julgamento, na qual a presença do arguido era obrigatória.

Quer na fase da audiência de pronúncia, que na fase de audiência de julgamento, havia uma proibição expressa de leitura das declarações prestadas anteriormente (na eventualidade de terem sido prestadas declarações na fase preparatória).

Apesar de existirem regras relativas ao interrogatório do arguido, não havia nenhuma norma que previsse o direito ao silêncio.

Com a reforma de 1837, e com a com a entrada em vigor da Nova Reforma Judiciária (aprovada, na parte relativa a matérias criminais, pelo Decreto de 13 de Janeiro de 1837) as soluções nas normas processuais reformadas são, em algumas situações concretas, influenciadas pelo *Code d' Instruction Criminelle*. Entre as alterações processuais mais evidentes, encontramos as seguintes:

- a) a fase preparatória do processo adopta uma nova configuração, passando a estar dividida em duas fases (a fase do corpo delito e do sumário da querela);
- b) a decisão de pronúncia deixou de ser absolutamente irrecorrível (pode pois ser objecto recurso de agravo, restrito à aferição da ilicitude da conduta);
- c) proibição da leitura de declarações anteriormente prestadas passa abranger, igualmente, os depoimentos das testemunhas.

No uso da autorização concedida pelo Decreto das Cortes Gerais de 25-01-1840, foi publicado o Decreto de 21.05. 1841 que aprovou a Novíssima Reforma Judiciária. Tratou-se de um diploma, reformador dos que já anteriormente haviam reformado o direito nacional.

A técnica legislativa, a avaliar pelas críticas que lhe foram dirigidas pelos mais importantes juristas da época, parece, contudo, não ter sido a melhor. Paulo Pinto de Albuquerque escreve a esse respeito “A doutrina criticou o diploma desde cedo, quer de um ponto de vista substancial, quer sistemático. Correa Telles (...) queixava-se que a Novíssima “ é muito defectiva, é até incómoda, pois em vez de nela se ter concentrado as leis no processo, temos um volume a mais a estudar, que não nos dispensa de ler as Ordenações, as Extravagantes, e os Praxistas antigos para suprir as lacunas da Novíssima Reforma” (...) Beleza dos Santos e Eduardo Correia censuram a Novíssima pela falta de sistematização, de método e pela ausên-

cia de rigor na técnica jurídica. A jurisprudência considerava também as Ordenações como direito subsidiário por força das lacunas da Novíssima (...).”³¹

Em ambas as Reformas, alterou-se a configuração do Processo Penal, mas no que respeita o interrogatório do arguido não houve alterações a evidenciar.

A audição do arguido continua a dar-se em três momentos essenciais. No interrogatório, continuou a haver a proibição de perguntas sugestivas, persuasões e falsas promessas ou ameaças. O arguido não podia ser obrigado a responder de modo precipitado, e as perguntas deviam ser sempre repetidas quando o seu alcance não era entendido.

Não obstante as Reformas terem humanizado o Processo Penal, o que é relativo à consagração do direito ao silêncio do arguido não teve consagração expressa. Apenas com a República, e com o Decreto de 28 de Dezembro de 1910³², é que o arguido expressamente tem direito a permanecer em silêncio caso as perguntas sejam sobre a sua culpabilidade, só tendo o dever de responder se as questões versarem sobre a sua identidade, assumindo, assim, o interrogatório do arguido o propósito de ser um meio de defesa.

Com o Código de Processo Penal de 1929, entramos numa matriz mais inquisitória, embora de perfil inquisitório mais moderno.

Pese embora ainda competir ao Juiz as funções investigatórias, verifica-se, ainda assim, uma mudança relevante, porque apta a alterar a natureza do Processo Penal: a intervenção dos jurados desapareceu. Assim que acabe a fase de instrução, e se conclua que há indícios da prática do crime, é o Magistrado Judicial, encarregue da investigação, que profere despacho de pronúncia provisória, impelindo o MP de acusar.

Relativamente ao direito de audição do arguido neste código, durante a fase de instrução, o arguido que estivesse em liberdade não tinha direito de audição. Tinha carácter facultativo (excepto se fosse um arguido preso), sendo no entanto evidente que não era o próprio que tinha legitimidade para o desencadear.³³

A fase contraditória era uma fase eventual do processo que só poderia ter lugar quando o arguido, anteriormente pronunciado, contestasse o despacho de pronúncia elaborado pelo Juiz.

Já para o arguido detido as coisas processavam-se de maneira diferente.

³¹ **ALBUQUERQUE; Paulo Pinto de**, in “ A reforma da Justiça Criminal em Portugal e na Europa” (pag. 239, nota de rodapé nº 577).

³² Consta do artº 8º *As perguntas ao reo em ato de julgamento foram autorizadas par que o mesmo reo se defenda, querendo, e não para que dê argumentos ou prova para a sua própria acusação.*

³³ **Art. 244º do CPP de 29** “ O juiz oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público ou da parte acusadora, poderá ouvir o arguido sempre que o entenda conveniente, até se ultimar a instrução e poderá também confrontá-lo com as testemunhas ou com os ofendidos.

Ensina Cavaleiro Ferreira que o fim imediato do interrogatório de arguido preso é permitir uma defesa rápida num momento em que são objecto da medida de coacção mais grave³⁴, explicando que no Código de 1929 o interrogatório do arguido não é só meio de defesa mas também meio de prova nas situações em que não reconduzem ao interrogatório previsto no artº 278º. Diz o autor “Foi este o modo de conciliar a conveniência de manter como sujeito de prova o arguido, sem o reduzir a objecto de prova. No entanto, o receio de que se pretendesse forçar as declarações, e a necessidade de respeitar a sua posição de parte, evitando a sua sujeição absoluta a um pretenso interesse da justiça, com postergação de sua defesa, interesse que o forçaria a contribuir para a sua própria condenação, impunham certo condicionamento e limites às declarações do arguido.

(...)O que se pretendeu evitar definitivamente foi a restauração da confissão, inquisitoriamente obtida, como meio essencial de prova no processo, garantindo, através da definição legal dos direitos processuais do arguido, a genuidade das suas declarações, quando desfavoráveis ao próprio arguido.”³⁵

Nos termos do artº 278º o arguido era, nas 24 horas a contar da sua apresentação em juízo, sujeito a interrogatório perante o Juiz. Depois de ser ouvido poderia voltar a ser interrogado, em sede de interrogatório, por razões de conveniência, até o fim da instrução. Seria perguntado, nos termos do artº 280º, o nome, profissão, idade, naturalidade, filiação, última residência, se já havia estado preso, quando e porquê, se tinha anteriores condenações e qual a pena. Se o arguido não respondesse, o arguido incorria em crime de desobediência e se faltasse à verdade em crime de falsas declarações.

Só posteriormente eram feitas as questões relativas aos factos imputados.

O artº 281º estipulava que as questões não deviam ser “sugestivas ou cavilosas, nem acompanhadas de dolosas persuasões, falsas promessas ou ameaças”, sendo que o Juiz que o fizesse incorria em responsabilidade disciplinar³⁶

O arguido não podia ser obrigado a responder precipitadamente e se não entendesse as questões deveriam as mesmas ser repetidas.

O interrogatório do arguido, incluído no capítulo IV do título II, não tem nada estipulado em relação ao direito do arguido permanecer em silêncio. Tal só é expressamente mencionado no artº 425º, Título IV, Cap. II, relativo à audiência de Julgamento.³⁷

³⁴ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de processo penal, Lições proferidas no ano lectivo 1954-1955*, Lisboa, v. I, p. 151.

³⁵ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, op. Cit, p. 152-153.

³⁶ não em crime de abuso de poder como expressamente fora instituído pela Novíssima Reforma Judiciária.

Ainda assim, o entendimento era que o arguido, independentemente da fase processual, tinha direito a manter-se em silêncio. Grande parte da doutrina, no que respeita à valoração do silêncio, e não obstante tal não decorrer da lei, defendia que o silêncio não podia ser valorado contra o arguido.

Pese embora ter sido alvo de algumas reformas, até 1987, o Código de 1929 manteve-se em vigor.

Com o Código de 1987 a tramitação processual penal sofre uma grande alteração.

De perfil garantístico, cumpridor dos preceitos constitucionais, nomeadamente do artº 32 nº 5 da CRP, implementa um Direito de Processo Penal de estrutura acusatória, tornando-se o arguido um verdadeiro sujeito processual, titular de garantias de defesa, nomeadamente o direito ao silêncio.

Quer em fase de inquérito³⁸, quer nas restantes fases³⁹, o arguido, caso o entenda, pode exercer o direito que lhe é genericamente atribuído pelo artº 61º al.d) do CPP.

³⁷ **Art. 425º do CPP de 29, 1§:** Antes de começar o interrogatório acerca dos factos de que é acusado, deverá o juiz adverti-lo de que não é obrigado a responder às perguntas que lhe vão ser feitas, porque tem apenas por fim proporcionar-lhe o ensejo de se defender e contribuir para o esclarecimento da verdade e não o de obter elementos para a sua condenação.

³⁸ art. 58, nº2, 141, nº4, al.a), 143, nº2.

³⁹ art.343, nº1.

II- DIREITO AO SILÊNCIO NO DIREITO ESTRANGEIRO

SISTEMAS NOS PALOP

A análise dos sistemas de alguns dos Palop's justifica-se por ter na experiência colonial portuguesa um tronco comum: o antigo direito português, havendo indiscutíveis relações de proximidade e de semelhança entre as histórias e as realidades das instituições e institutos desses aludidos Estados.

A finalidade é a de demonstrar como do antigo direito português derivaram vários sistemas, as principais semelhanças ou diferenças, sendo que a análise em apreço será cingida à realidade angolana e moçambicana, de sorte a analisar as experiências normativas relativas ao direito ao silêncio de cada um desses países.

Sistema Angolano

Angola foi colonizada por Portugal e, enquanto colónia, estava sujeita, com as devidas adaptações, a aplicar o Direito da Metrópole, havendo uma distinção entre assimilados e indígenas, cujos estatutos legais eram diferentes.

Com a independência, Angola surgia como estado independente e com legislação própria, grande parte herdada, uma vez que o novo sistema político preferiu manter a vigência de várias normas jurídicas desde que não fossem contrárias ao processo revolucionário em curso.⁴⁰

Relativamente ao silêncio do arguido, que é o que está aqui em causa, o CPP de 1929 estabelece dois momentos de interrogatório.

O primeiro, do artº 254º nº 3, diz “Terminada a exposição, advertirá o arguido de que não é obrigado a responder às perguntas que lhe vão ser feitas sobre os factos imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar”, correspondendo à fase de instrução preparatória. Se originalmente pressupõe um Juíz de Instrução, em Angola, tanto o inter-

⁴⁰ Transposto à actual Lei Constitucional da República de Angola no seu artº165º, segundo o qual *As Leis e Regulamentos em vigor na República de Angola, são aplicáveis enquanto não forem alteradas ou revogadas e desde que não contrariem a letra e o espírito da presente Lei.*

rogatório como a apreciação da legalidade, validação e manutenção da prisão (ou substituição) são da competência do MP⁴¹. Os arguidos detidos são apresentados ao MP.

O segundo, que corresponde ao artº 425º, relativo ao interrogatório do réu na audiência de julgamento, plasma o seguinte: “Antes de começar o interrogatório do réu, acerca dos factos de que é acusado, deverá o Juiz adverti-lo de que não é obrigado a responder às perguntas que lhe vão ser feitas, pois têm apenas por fim proporcionar-lhe o ensejo de se defender e contribuir para o esclarecimento da verdade, e não o de obter elementos para a sua condenação.”

Em audiência de julgamento, não é muito frequente os arguidos optarem pelo direito ao silêncio. O que acontece algumas vezes é, por orientação dos mandatários, os arguidos, que estão inseguros a prestar declarações, acabarem por não falar e optarem pelo silêncio em audiência de julgamento.

Caso não haja outros elementos probatórios em audiência de julgamento, o juiz habitualmente valora as declarações que o arguido prestou em instrução preparatória.

Sistema Moçambicano

Tal como Angola, e fruto de séculos de colonização portuguesa, também o sistema jurídico moçambicano é herdado do português.

Assim sendo, o respeitante ao silêncio do arguido é também o reflexo do sistema português. No entanto, tal semelhança foi-se diluindo, uma vez que foram implementadas alterações no processo penal português.

O arguido pode ser chamado, em qualquer fase do processo, a prestar declarações, que podem ser tanto um meio de prova (uma vez que se encontram no capítulo relativo à produção de prova) como um meio de defesa (uma vez que o arguido tem liberdade declaratória, podendo até nada dizer).

⁴¹ Por força do art. 4º da Lei 18-A/92 de 17 de Julho que regula o interrogatório de arguido preso sem culpa formada em combinação com a alínea g) do artº2º da nº5/90, de 7 de Abril (Lei da Procuradoria Geral da República).

O direito ao silêncio pode materializar-se em duas fases distintas do processo: na instrução e na audiência de julgamento.

Na fase da instrução, há uma omissão da advertência ao arguido, sobre a faculdade de poder não responder às questões relativas aos factos sobre os quais é acusado.

Diz a disposição legal (artº 280º CPP), que as perguntas devem ser feitas ao arguido, e que este deve responder às mesmas com verdade, e a omissão ou a falsidade da resposta o fará incorrer em crime de desobediência ou falsas declarações.

Mais diz que, seguidamente, o arguido é interrogado sobre o que lhe é imputado, não prevendo nenhuma cominação para a falsidade ou omissão de resposta.

Na Lei Fundamental Moçambicana, encontramos no artº 65º os princípios do Processo Penal, sendo eles, entre outros, o princípio da inviolabilidade e garantia do direito do arguido à defesa e a julgamento, o princípio da nulidade de prova obtida mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral, intromissão na vida privada e familiar, no domicílio, correspondência ou telecomunicações.

No que respeita à fase de audiência de julgamento, não há qualquer dúvida quanto ao direito ao silêncio, pois o mesmo decorre do artº 425º do CPP Moçambicano.⁴²

O que distinguia, antes da alteração ao CPP Português, este regime do português é que, se o arguido prestou declarações durante a fase de instrução, e durante a fase de audiência se remeter ao silêncio, tal facto não impede o Juíz de valorar essas declarações. Como o princípio da livre apreciação da prova é o que vigora no sistema moçambicano, o Juíz pode valorar estas declarações segundo as regras da experiência e a livre convicção, analisando o conteúdo das mesmas e a restante prova produzida.

⁴² *antes de começar o interrogatório do réu acerca dos factos de que é acusado, deverá o juiz adverti-lo de que não é obrigado a responder às perguntas que lhe vão ser feitas, pois têm apenas por fim proporcionar-lhe o ensejo de se defender e de contribuir para o esclarecimento da verdade e não o de obter elementos para a sua condenação.*

SISTEMAS ROMANO-GERMÂNICOS

Sistema Alemão

Neste sistema, o acusado não constitui um meio de obtenção de prova. Não obstante poder ser submetido a medidas coercivas, não pode nunca participar na sua incriminação e pode optar pelo direito ao silêncio sempre que lhe convier.

Este direito, não só é um princípio básico do direito processual penal alemão, como vem também plasmado no Artº 14 III do PIDCP, ratificado pela República Federal da Alemanha em 16.12.1966.

A Lei Fundamental alemã não tem uma referência expressa ao direito ao silêncio mas a doutrina, maioritariamente, reconhece tal direito, encontrando o seu fundamento no artº 2º Ic/c artº 1º, I e 19 II da Constituição.

Este direito constitui, assim, numa proibição contra a auto-incriminação, bem como um direito de personalidade, não disponível do legislador.

A base jurídica que salvaguarda este direito é, por exemplo, a liberdade de declaração⁴³, considerando-se inadmissível, como método de interrogatório, qualquer forma de influência física, psíquica ou de medidas que prejudiquem a memória. Ou o dever de tutela do Estado⁴⁴ e de informação do direito ao silêncio em todas as fases do processo.

Se nos reportarmos ao silêncio total do arguido, em que há uma recusa de prestar qualquer tipo de declaração, há algum consenso em não se poder utilizar este silêncio em seu desfavor.

Já no caso de nos referirmos a situações de silêncio momentâneo a proibição de apreciação judicial do silêncio também se aplica a situações em que há uma recusa de falar somente em determinadas fases do procedimento.

Em casos de silêncio parcial do acusado, em que o acusado se recusa a falar sobre determinados pontos mas fala sobre outros, a interpretação maioritária é no sentido de admitir a apreciação judicial do silêncio, sendo a justificação fundamental para tal o facto de que no

⁴³ § 136ª, do CPP.

⁴⁴ *Fursorgepflicht*.

momento em que o arguido opta por declarar, está ele próprio, a converter-se num meio de prova e, como tal, a submeter-se à livre apreciação do Juíz.

Encontramos ainda uma divisão, na doutrina alemã, no que respeita o incumprimento do dever de informação e advertência ao arguido sobre o direito ao silêncio.

Se por um lado encontramos uma posição exacerbada, que relaciona a violação do dever de esclarecimento à sanção de proibição de valoração, por outro encontramos uma posição que defende que a omissão de esclarecimento só origina uma proibição de valoração quando der concretamente causa à declaração do arguido.

Na Alemanha, o artº245º permite expressamente que as declarações do arguido contidas no processo possam ser lidas com a finalidade de obter prova, a respeito da confissão e superar contradições.

Sistema Italiano

Em Itália, encontrávamos dispositivos que protegiam o direito ao silêncio do acusado nos Códigos de Processo Penal de 1865 e de 1913.No entanto, foram os mesmos abolidos em 1930, com a propagação da ideologia fascista e com o Código de Rocco, sendo que tal direito só foi restabelecido em 1969, com a Lei n. 932.

A Constituição italiana prevê expressamente no artigo 24º, *A defesa é um direito inviolável em cada condição e grau de procedimento.*

Em 1986, através da sentença 54/86, o Tribunal Constitucional italiano afastou a inconstitucionalidade dos artigos 146º, 314º e 317º do Código de Processo Penal de 1930⁴⁵, face ao disposto no artigo 13, II e IV, da Constituição⁴⁶ italiana.

Ao refutar a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos, fundamentou o Tribunal que a produção coerciva de prova pericial contra o acusado estaria limitada a dois factores: tal procedimento não poderia por em risco a saúde e a integridade física do acusado e, ainda, não poderia ferir sua dignidade e intimidade.⁴⁷

⁴⁵ os quais tratavam do uso de coacção para fins de produção de prova pericial.

⁴⁶ *Não é admitida forma alguma de detenção, de inspeção ou perquirição pessoal, nem tampouco qualquer outra forma de restrição à liberdade pessoal, a não ser por determinação motivada da autoridade judiciária e, unicamente, nos casos e formas previstos por lei e É punida toda violência física e moral contra as pessoas que sejam de qualquer modo submetidas a restrições de liberdade, respectivamente.*

⁴⁷ *Così non potrebbe il giudice disporre mezzi istruttori che mettessero in pericolo la vita o l'incolumità o risultassero lesivi della dignità della persona o invasivi dell'intimo della sua psiche, perché sarebbero in contrasto*

O direito ao silêncio é uma das bases fundamentais do processo penal italiano.

A *facoltà di non rispondere*, explanada no artº 64º comma 3 do CPP italiano, faculta ao suspeito ou ao arguido este direito, bem como a expressa referência que o suspeito arguido deve ser advertido que se optar por se remeter ao silêncio o procedimento penal prosseguirá o seu curso.

No que respeita o interrogatório, o sistema italiano adoptou um sistema acusatório, em 1988, com o estabelecido nos artºs 208º a 210º, relativos ao *esame delle parti*.⁴⁸

Diz Corso Piermania⁴⁹ que este direito está ligado à garantia constitucional do direito de defesa⁵⁰ e objecto de tutela no PIDCP⁵¹: “(...)objectivamente o direito ao silêncio é tutelado em si, sem se procurar saber se a finalidade é não obter uma declaração contra se ou a de não obter declaração *contra alios*.”

Ao abrigo dos artºs 513º,503º nº 3 e 129º, podem ser aproveitadas as declarações do arguido contidas no processo desde que prestadas perante Juíz, MP ou até OPC, não tendo, no entanto, o efeito confessório estabelecido no nosso 357º n2

SISTEMAS DA COMMON LAW⁵²

Sistema Inglês

Entre Abril e Junho de 1995, na sequência de um longo e exaltado debate parlamentar, entrou em vigor o diploma *Criminal Justice and Public Order Act 1994*, sendo que as disposições relativas ao direito ao silêncio foram as mais polémicas.

con la tutela dei diritti fondamentali ex art. 2 Cost. Come non potrebbe il Giudice, mediante i mezzi istruttori, mettere in pericolo la salute del periziando perché violerebbe l'art. 32 Cost., Disponível em <http://www.giurcost.org/decisioni/1986/0054s-86.html>.

⁴⁸ Meio de prova solicitado ou consentido pelo acusado/arguido.

⁴⁹ “*Diritto al silenzio: garanzia da defender o engombro da rimuovere?*”, *L'indice penale*, Padova, Nuova serie a.2.n.3 (Settembre-Dicembre 1999), pp. 1077-1094.

⁵⁰ art.º 24.º comma 2.º Cost.

⁵¹ entrou em vigor em Itália no dia 15 de Dezembro de 1978.

⁵² Sistema jurídico elaborado em Inglaterra a partir do século XII pelas decisões das jurisdições reais. Manteve-se e desenvolveu-se até aos nossos dias, impondo-se na maior parte dos países de língua inglesa, designadamente nos Estados Unidos.

As matérias abordadas neste diploma são, entre outras, jovens delinquentes, operações stop, direito ao silêncio, prevenção do terrorismo intimidação de testemunhas, amostras de fluidos corporais, ordem pública, cauções pornografia, delitos sexuais, etc.

Esta lei responde à exigência de um sistema penal suficientemente adaptado ao combate ao aumento da criminalidade, assumindo um compromisso de equilíbrio entre as exigências de investigação e os direitos de defesa⁵³, tendo vindo a alargar os poderes da polícia, condicionando também o modo e tempo de intervenção da defesa, bem como atribuiu uma certa relevância probatória ao silêncio do suspeito na fase de investigação.

Assim, e ainda na senda do que diz Anna Maria Capita, o que parece essencial reter é que esta legislação trouxe uma obrigação de colaboração por parte do suspeito e que a autoridade judiciária pode retirar do seu silêncio uma presunção de culpa ou um juízo relativo à personalidade do suspeito.

Consequentemente, exige-se agora ao suspeito ou ao arguido um maior compromisso numa defesa oportuna e leal. Não obstante, nem sempre lhes é permitida uma auto-defesa livre e espontânea, quer no respeita o conteúdo das alegações probatórias, que no que respeita a técnica e estratégia de defesa.

Podemos, então, concluir que a fundamentação deste diploma poderá ser a convicção que o direito ao silêncio é sobretudo aproveitado pelos criminosos mais perigosos que, ao usá-lo, aumentam a sua possibilidade de absolvição.

Sistema Americano

Diz a *V Emenda* à Constituição que uma pessoa acusada de um crime não pode ser obrigada a prestar declarações que possam ser usadas contra si.

Esta é a consagração do direito ao silêncio ou imunidade em relação à auto-incriminação.

A base desta disposição é a *common law* inglesa, cujos *Star Chamber Proceedings* violavam grandemente o que se considera ser um processo equitativo. Os interrogatórios eram

⁵³ CAPITA, Anna Maria, Limitazioni del diritto al silenzio nella riforma del processo penale inglese, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Fasc. 1, Gennaio- Marzo 1998.

feitos à porta fechada e aparecia depois a autoridade com uma confissão feita pela pessoa, muitas das vezes obtida coercivamente.

O direito contra a auto-incriminação resulta do sistema contraditório, que vê o processo crime como o confronto entre dois lados, sendo que de um está o Estado e do outro o arguido.

Se a função do Estado é provar a culpabilidade do arguido *beyond a reasonable doubt*, a presunção de inocência subsiste até o Estado provar a culpa, tendo por base fortes indícios da prática do crime.

Assim sendo, o arguido não tem obrigação de ajudar o estado a provar os factos de que é acusado e tem o direito de optar pelo silêncio.

O objectivo é, por um lado, proteger os cidadãos de serem objecto de táticas coercivas por parte de funcionários do Estado e, por outro, impedir que declarações obtidas de forma pouco fidedignas sejam usadas.

No entanto, o arguido é obrigado a deixar-se fotografar, a deixar que sejam recolhidas impressões digitais, a produzir amostras de caligrafia para efeitos de comparação ou amostras de voz, pois esses meios de obtenção e meios de prova não são considerados declarações.

O arguido está ainda protegido contra algumas consequências, pois o MP não pode comentar o facto de o arguido se recusar a prestar declarações à polícia ou durante o julgamento, logo, o exercício do direito ao silêncio não pode ser usado contra ele.

Assim, são os jurados informados pelo Juíz que não podem extrair conclusões negativas do facto do arguido se ter remetido ao silêncio, sendo também instruídos para se concentrarem nos meios de prova produzidos pelo MP, por forma a poderem determinar se serão o suficiente para uma condenação.

Parece-nos oportuno mencionar um caso importante no ordenamento norte-americano por forma a entender-se situações posteriores. Referimo-nos, obviamente, ao caso *Miranda* (recurso759)⁵⁴

⁵⁴ Vide Sentença de 1966.06.13, 384 US, 4, *Miranda v. Arizona*, “O Homem Prevenido, Os Direitos de Miranda”, Earl Warren, Relator Supreme Court of United States, in “*Sub judice*” - novos estilos, 12, (Jan-Junho 1998), p. 103 a 114.

No dia 13 de Março de 1963, Ernesto Miranda foi detido em sua casa e levado para a esquadra de polícia de Phoenix.

Era suspeito da prática de um crime de rapto e de um de violação.

Foi identificado pela testemunha queixosa e interrogado por dois agentes policiais, sem que tenha sido informado de que tinha direito à presença de um advogado, o que foi admitido em julgamento pelos agentes.

Em sede de interrogatório, os agentes obtiveram uma confissão escrita, assinada por Miranda. Antecedendo a confissão estava um parágrafo dactilografado que prescrevia o seguinte: “a presente confissão foi voluntária, sem ameaças ou promessas de imunidade e com perfeito conhecimento dos meus direitos legais, tendo consciência de que qualquer depoimento que eu faça pode ser usado contra mim”⁵⁵.

A referida confissão foi admitida como meio de prova e Miranda foi condenado pelos dois crimes supra referidos.

Interposto recurso, o tribunal de recurso do Estado do Arizona sustentou que os direitos constitucionais de Miranda não tinham sido violados na obtenção da confissão e, assim, confirmou a sentença recorrida.

Ainda assim, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos entendeu o contrário, e afirmou, com fundamento no testemunho dos agentes e na confissão do réu Miranda, que este não tinha sido informado do seu direito a não ser coagido à auto-incriminação e, que o mero facto de ter sido assinado um depoimento que tinha uma cláusula dactilografada afirmando que ele tinha “perfeito conhecimento” dos seus “direitos legais”, tal não cumpria o seu mínimo, em virtude não se traduzir numa renúncia consciente e intencional necessária à desistência dos direitos constitucionais (*cfr.* outras decisões citadas pelo Supremo Tribunal: *Haynes v. Washington* 373 U.S. 503, 512-513 e *Haley v. Ohio*, 332 U.S. 595, 601, 1948).

O Supremo Tribunal anulou a sentença proferida pelo Tribunal do Arizona⁵⁶, em nome da *V Emenda*, referindo que esse direito deve ser protegido por garantias processuais.

⁵⁵ Um dos agentes da polícia testemunhou que tinha lido este parágrafo a Miranda. No entanto, segundo parece, só o fez depois de Miranda ter confessado.

⁵⁶ A decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos tem alguns votos discordantes. Citando o voto discordante do Juíz Harlan, acompanhado pelos Juízes Stewart e White: *Nada, quer na letra ou no espírito da Constituição, quer os precedentes jurisprudenciais, está de acordo com a posição rígida e unilateral que tão precipita-*

Conclui-se, portanto, que a pessoa deve ser esclarecida, antes de qualquer interrogatório, que tem direito a guardar silêncio, que qualquer coisa que diga pode ser usada contra si em tribunal, que tem direito à presença de um advogado e que se não tiver possibilidade de o pagar ser-lhe-á designado um antes de qualquer interrogatório, se assim o desejar.

Para além disso, no decorrer do interrogatório deverá ser-lhe dada a oportunidade de exercer estes direitos.

Prestadas essas informações e concedida tal oportunidade, a pessoa pode, se assim o pretender, renunciar, voluntária e conscientemente, a estes direitos e concordar em responder a perguntas. Mas, até que tais informações e tal renúncia sejam devidamente demonstradas pela acusação em julgamento, nenhuma prova obtida como resultado do interrogatório pode ser usada contra o arguido⁵⁷.

O arguido tem não só o direito de não responder a perguntas como a não actuar como testemunha durante o próprio julgamento, sendo inconstitucional qualquer tipo de penalização decorrente do exercício desse direito.

O Supremo Tribunal considera que quer as declarações obtidas coercivamente, quer as obtidas sem que o arguido tenha sido informado dos seus direitos⁵⁸ são não admissíveis.

No entanto, assistimos a um recuo, em 1968, quando o Congresso norte-americano promulgou o *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, no qual o Poder Legislativo definiu os casos nos quais os *Miranda Warnings* podiam ser ignorados: as confissões voluntárias, a detenção policial de suspeitos por 6 horas ou mais, sem mandado específico ou flagrante, e a permissão da escuta telefónica, tudo ponderado a critério dos jurados. Sob o lema “*order not rights*” assistimos a um retrocesso de conquistas.

Num outro caso, o *Griffin v. California*⁵⁹, o Supremo Tribunal consagrou a proibição de o MP fazer qualquer tipo de comentário ao silêncio do arguido durante o julgamento.

damente o Tribunal adoptou em nome do cumprimento das suas responsabilidades. No seu voto discordante, o Juiz White, acompanhado pelos Juizes Halan e Stewart, chama à atenção para o facto de a sentença ter como suporte óbvio uma profunda desconfiança quanto a todas as confissões e alerta no sentido que decisão pode deixar um efeito corrosivo na legislação criminal como instrumento eficaz de prevenção do crime.

⁵⁷ Cfr. Earl Warren, Relator Supreme Court of United States, Sentença de 1966.06.13, 384 US, 4, *Miranda v. Arizona*, O Homem Prevenido, Os Direitos de Miranda.

⁵⁸ Conjunto de advertências e garantias denominadas como *Miranda Rights*, devido ao Julgamento *Miranda v. Arizona*.

Noutro ainda, o *Carter v. Kentucky*⁶⁰, é consagrado o direito que o arguido tem a requerer que o Juíz instrua o Júri sobre a irrelevância do seu silêncio para a decisão do caso.

Sistema Espanhol

No Título I, referente aos direitos e deveres fundamentais, a Constituição Espanhola prevê, no artº 17. 3, que “qualquer pessoa presa deve ser informada, imediatamente e de forma compreensível, de seus direitos e as razões da sua prisão, não podendo ser obrigada a depor”,⁶¹ bem como no seu artº 24.2, assegura o direito a não se incriminar ou assumir a culpa.⁶²

O interrogatório é considerado, não obstante o interesse na *persecutio criminis*, como uma oportunidade de defesa.

O artº 520.2.a da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* estabelece o direito ao silêncio, seja ele total ou parcial, isto é, o arguido pode não contestar algumas das perguntas que lhe foram feitas.

Não obstante serem feitas perguntas sobre a identificação civil do arguido, este não é obrigado a informar os seus dados pessoais.⁶³ Não há nenhuma referência sobre a obrigação de os prestar, ou de falar com verdade. No entanto, os Tribunais têm valorado negativamente as declarações falsas dos arguidos.

Destarte, o ordenamento espanhol reconhece um direito à não produção de provas contra si decorrente do direito ao silêncio⁶⁴.

⁵⁹ 380 U.S. 609, 1965, consultado em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/380/609/case.html>, a 18/10/2013

⁶⁰ 450 U.S. 288, 1981, consultado em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/450/288/case.html>, a 18/10/2013

⁶¹ : *Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar.*

⁶² *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.*

⁶³ Artº 388º *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

⁶⁴ No respeitante ao *nemo tenetur*, o Tribunal Constitucional Espanhol tem tido o entendimento de reconhecer a constitucionalidade da obtenção de provas para fins penais por meio de intervenções corporais no acusado, desde que ordenada por decisão judicial e não resulte em medida degradante. A lei orgânica 10/2007, faz expressa

Sistema Brasileiro

Na anterior legislação, o artº 186º do CPP⁶⁵ era redigido da seguinte forma: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.”

A última parte do artigo já não havia sido colhida pela Constituição Federal de 1988, uma vez que, e de acordo com o art. 5º, LXIII, da Carta Magna, “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado.” Assim, tendo por base essa norma, era assente na doutrina brasileira que não era permitido ao juiz fazer a advertência ao réu de que “o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.”

Nessa senda, o legislador ordinário, através da Lei nº 10.792/2003, além de alterar a redacção do referido art. 186, acrescentou-lhe um parágrafo único, *in verbis*: “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.”

O direito ao silêncio surge da regra constitucional prevista no art. 5º, LXIII, da CF, e implicou a revogação implícita, por inconstitucionalidade daquilo que dispunha o art. 186 e o art. 198 do Código de Processo Penal, uma vez que não se podia atribuir qualquer sanção a quem esteja no exercício de um direito assegurado pela lei.

A Lei 10.792/03, consolidou, assim, o que já era uma realidade doutrinária: tratamento do interrogatório como meio de defesa, assegurando-se ao acusado o direito de conferenciar com o seu advogado antes do referido ato processual (art. 185, § 2º); o direito de permanecer sem que se possa extrair do silêncio qualquer valoração em prejuízo da defesa (art. 186, caput, e parágrafo único). Em conclusão, a redacção anterior do art. 186 do CPP, foi expressamente

menção à possibilidade de obtenção de provas por meio de inspecções, vistorias ou intervenções físicas, sem consentimento do acusado, desde que autorizada judicialmente.

⁶⁵ Antes de entrar em vigor a Lei nº 10.792, de 01/12/2003.

afastada da ordem jurídica brasileira, com a substituição de seu conteúdo pela citada Lei nº 10.792/03.

Direito Internacional Público

O direito de qualquer pessoa *a não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada* vem garantido no artº 14º nº 3 al. g) do PIDCP.⁶⁶

Já no artº 8º, nº2 al.g) da CADH⁶⁷, fica consagrado o direito de toda a pessoa *não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada*, norma que é reforçada pelo disposto no n.º 3 do mesmo artigo, de acordo com o qual *a confissão do acusado só é válida se feita sem coacção de qualquer natureza*.

No entanto, nem a CEDH nem a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos têm preceitos análogos.

Também o Estatuto do TPI⁶⁸, no seu artº 55º nº 1 al. a) consagra o direito de não ser obrigado a incriminar-se a si próprio ou a confessar-se culpado, tal como o artº 21º nº 4 al. g) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia e o artºs 20º nº 4, al.g) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda.

Não obstante os tratados de direitos humanos não preverem expressamente o direito de não ser obrigado a auto-incriminar-se e, logo, o direito ao silêncio, encontramos essa consagração na regra 42 (A) (iii) das Regras de Processo de Prova do Tribunal Penal Internacional

⁶⁶ Adoptado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966. Entrada em vigor na ordem internacional: 23 de Março de 1976, em conformidade com o artigo 49.º. Portugal: Assinatura - 7 de Outubro de 1976; Aprovação para ratificação: Lei n.º 29/78, de 12 de Junho, publicada no Diário da República, I Série A, n.º 133/78 (rectificada mediante aviso de rectificação publicado no Diário da República n.º 153/78, de 6 de Julho); entrada em vigor na ordem jurídica portuguesa: 15 de Setembro de 1978.

⁶⁷ Adoptada a 22 de Novembro de 1969 pela Conferência Inter-americana especializada em Direitos Humanos em São José da Costa Rica. Entrada em vigor na ordem internacional: 18 de Julho de 1978, em conformidade com o artigo 74.º, n.º 2.

⁶⁸ Adoptado em Roma a 17 de Julho de 1998 pela Conferência Diplomática reunida de 15 de Junho a 17 de Julho de 1998. Entrada em vigor na ordem internacional: 1 de Julho de 2002, em conformidade com o artigo 126º. O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional foi aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 3/2002 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 2/2002, ambos publicados no Diário da República I-A, n.º 15, de 18.01.2002; Entrada em vigor na ordem jurídica portuguesa: 1 de Julho de 2002.

para o Ruanda e do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia, bem como no artº 55º nº2 al.) b) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

O artº 6º da CEDH prevê o direito a um processo equitativo, o que tem vindo a incluir na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) o direito ao silêncio como uma das vertentes desse direito. “(...)colocando o arguido ao abrigo de uma coerção abusiva por parte das autoridades, concorrem para evitar erros judiciários e para garantir o resultado desejado pelo art.º 6.º.”⁶⁹

Assim, quer o direito à não auto-incriminação quer o direito ao silêncio são conceitos que reconhecidamente integram o processo equitativo.

⁶⁹ **BARRETO, Ireneu Cabral**, “*A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Anotada*”, 2.º Ed., 1999, Coimbra Editora

III- JURISPRUDÊNCIA DO TEDH

Pese embora a sua jurisdição ser facultativa, o TEDH funciona como intérprete da CEDH, sendo as suas decisões conformes a jurisprudência dos Tribunais da União Europeia.

Não obstante o carácter facultativo da sua jurisdição, uma vez que o Estado a aceite, torna-se obrigatória de pleno direito.⁷⁰

Relativamente ao direito ao silêncio, são analisadas as provas obtidas com violação do direito ao silêncio e à não auto incriminação, considerando-se, sobretudo três artigos da CEDH para proferir as decisões, sendo eles os artºs 3º (proíbe o tratamento desumano e degradante), o artº 6º (assegura o direito a um processo equitativo) e o artº 8º (protege o direito à vida privada, à intimidade e ao sigilo de correspondência).

Jean Gustave Funke c. França

Jean- Gustave Funke intentou um processo contra a França, alegando uma violação da CEDH, nomeadamente dos artºs 6º nºs 1 e 2 e 8º.

Jean Gustave Funke, alemão residente em França, exercia funções de representante comercial, sendo suspeito de ter na sua posse documentos comprovativos de um ilícito fiscal (não obstante não haver certeza da existência dos mesmos), tendo sido notificado para apresentar extractos bancários de contas na Alemanha, Polónia e Suíça. Funke afirmou não poder apresentar a documentação exigida, não justificando a razão, pelo que foi condenado ao pagamento de multas, uma fixa e outra por cada dia de atraso na apresentação da documentação.

Recorrendo, viu o seu recurso rejeitado pelo Tribunal de Recurso em Colmar bem como negado provimento a recurso posterior à Corte de Cassação, havendo recorrido então à Comissão Europeia de Direitos Humanos e, a seguir, ao Tribunal Europeu.

Esta foi a primeira decisão do TEDH relativamente ao direito ao silêncio do arguido.⁷¹, tendo sido esta a decisão que declarou que o direito a um processo equitativo permite ao

⁷⁰ Artº 46º nº 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ratificado em Portugal pela Lei n.º 1.º 65/78 de 13 de Outubro, tendo entrado em vigor em 3 de Setembro de 1953.

⁷¹ 25 de Fevereiro de 1993.

arguido, ao abrigo do arº 6º da Convenção, ter o direito ao silêncio, não contribuindo para a sua auto-incriminação.⁷²

No ano seguinte, em 1996, foram proferidos mais dois acórdãos sobre o direito ao silêncio: John Murry c. Reino Unido e caso Saunders c. Reino Unido.

John Murray c. Reino Unido⁷³

Neste caso, o TEDH interrogou-se sobre o carácter absoluto do direito ao silêncio.

John Murray foi uma de oito pessoas presas em 7 de janeiro de 1990, em Belfast, Irlanda do Norte, ao abrigo do *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1989*⁷⁴, tendo sido advertido, nos termos do *Criminal Evidence (Northern Ireland) Order de 1988*.

Após sua detenção, Murray recusou-se a responder a quaisquer perguntas.

No julgamento, em Maio de 1991, diante do Presidente do Supremo Tribunal da Irlanda do Norte, Murray preferiu não prestar depoimento.

Na sua decisão, o juiz concluiu desfavoravelmente contra o arguido nos termos dos artigos 4º e 6º da Ordem de 1988. Murray foi considerado culpado e condenado a oito anos de prisão, tendo recorrido ao Tribunal de Recurso na Irlanda do Norte e perdendo em 7 de Julho de 1992.

Em 1994 o caso chegou ao TEDH, queixando-se Murray de que os seus direitos ao abrigo da CEDH foram violados, nomeadamente o seu direito ao silêncio durante o interroga-

⁷² : *the customs secured Mr. Funke`s conviction in order to obtain certain documents which they believed must exist, although they were not certain of the fact. Being unable or unwilling to procure them by some other means, they attempted to compel the applicant himself to provide the evidence of offences he had allegedly committed. The special features of customs law cannot justify such an infringement of the right of anyone charged with a criminal offence, within the autonomous meaning of this expression in article 6º, to remain silent and not to contribute to incriminating himself.*

⁷³ Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57980#{"itemid":\["001-57980"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57980#{)

⁷⁴ Série de Actos do Parlamento do Reino Unido 1974-1989 que conferiu poderes de emergência sobre as forças policiais, em caso de haver suspeitos de terrorismo.

tório e no julgamento, que as conclusões decorrentes do seu silêncio eram uma parte integrante da decisão, bem como a falta de acesso a um advogado, entre outros.⁷⁵

Diz Cabral Barreto “O tribunal nacional não pode concluir pela culpabilidade do arguido simplesmente porque este decidiu guardar silêncio. Apenas quando as provas da acusação requerem uma explicação que o arguido está em condições de fornecer, dessa omissão de explicação se poderá concluir, por um simples raciocínio de bom senso, que não existe nenhuma explicação possível e que o arguido é culpado”⁷⁶

Assim, o TEDH ” afirma que a questão de saber se o retirar do silêncio conclusões desfavoráveis para o acusado viola o disposto no art.º 6.º, exige a ponderação de um conjunto de circunstâncias, tendo em conta, em particular, o caso onde se procedesse a deduções, o peso que as jurisdições internas lhe atribuíram ao apreciar os elementos de prova e o grau de coerção inerente à situação ”⁷⁷

Neste caso, o TEDH afirma ainda que “não pode haver dúvida de que o direito de guardar silêncio durante o interrogatório policial e a imunidade contra a auto-incriminação constituem normas de direito internacional geralmente reconhecidas, que estão no cerne da noção de processo equitativo consagrado no art.º 6.º. [...] Conferindo ao arguido protecção contra pressões indevidas por parte das autoridades, estas imunidades contribuem para prevenir erros judiciários e para garantir os fins do art.º 6.º”⁷⁸

Face ao silêncio do arguido, e perante as provas produzidas, provou-se para além de toda a dúvida razoável que o arguido tinha cometido aquela infracção.

Conclui o TEDH que uma vez que o único que podia dar uma explicação que poderia afastar a prova produzida era o arguido, pode aceitar-se que essa prova resultava contra ele.

⁷⁵ Na Convenção essas queixas referem-se ao artigo 6º n.ºs 1, 2 e 3-C bem como o artigo 14.

⁷⁶ **BARRETO, Ireneu Cabral**, “*A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Anotada*”, 2.º Ed., 1999, Coimbra Editora, ponto 3.5, pág. 139, anotação ao art.º 6º.

⁷⁷ Cfr. Alberto Augusto Oliveira e Alberto Esteves Remédio, “*Sobre o direito disciplinar da função pública*”, Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, pág. 634.

⁷⁸ Sentença de 8 de Fevereiro de 1996, Relatório de 1996-I, pág. 49, parágrafo 45.

Saunders c. Reino Unido

Saunders foi condenado pelo crime de conspiração, contabilidade falsa e outros crimes, em 1986. Neste caso, não obstante não ter tomado uma posição absoluta acerca do direito ao silêncio, o TEDH esclareceu algumas questões, nomeadamente que violava o direito à não auto-incriminação o uso no processo de declarações obtidas sob coacção (neste caso em concreto tinham sido obtidas num processo administrativo de investigação anterior, mediante a imposição de um dever de colaboração sobre o investigado). Mais esclareceu que o direito ao silêncio pode não só ser invocado em processos penais mas também por pessoas que são sujeito de processos administrativos sancionadores (tributários, por exemplo), sempre que se encontrem demonstrados alguns requisitos, nomeadamente de generalidade e importância quantitativa que as aproximem das sanções penais.

O TEDH salientou que se violava o direito a um processo equitativo usando de declarações obtidas sob coacção, mesmo em processo não judicial, e também que mesmo que o processo judicial estivesse revestido de todas as garantias, a partir do momento em que a acusação se baseou ou se sustentou por provas obtidas dessa forma, é absolutamente indiferente avaliar se aquelas provas foram ou não usadas durante o julgamento, pois já é evidente que o artº 6º foi violado.

Foi também esclarecido que o direito à não auto-incriminação aplica-se a todos os processos criminais, seja qual for o grau de complexidade. E que este direito compreende o direito a não fornecer quaisquer informações, sejam orais ou escritas, e impede que no processo sancionatório se possam ter em consideração as provas obtidas num processo anterior, sob ameaça de uma sanção.

A pessoa deve ser sempre informada destes direitos.

Neste sentido: *The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect*

such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing.

(...) the broader privilege against self-incrimination may be restricted by law in order to protect legitimate interests of the community. In my opinion it is, in principle, open to the national law to compel (specific categories of) suspects by threat of punishment to contribute passively or actively to the creation of evidence, even decisive evidence, against themselves. Suspects may be compelled to allow or even to co-operate in the taking of fingerprints, in the taking of blood for alcohol-tests, in the taking of bodily samples for DNA-tests or to blow in order to ascertain whether they are drunken drivers⁷⁹

Telfner c. Áustria⁸⁰

No caso em apreço, o TEDH entendeu que a presunção de inocência engloba o direito contra a auto-incriminação, o que inclui o direito ao silêncio.⁸¹

A 20 de Março 2001, e relativamente à relação do direito ao silêncio com princípio da presunção de inocência, afirma o TEDH que “As presunções legais (de culpa) e o juízo que se faça do silêncio do arguido não são, em regra e só por si, incompatíveis com a presunção de inocência, não sendo absolutamente interdito que os tribunais nacionais possam inferir uma conclusão do silêncio do arguido, mas tais deduções só serão admissíveis quando a prova reunida é tal modo concludente que do silêncio do arguido, quando com ela confrontado, apenas se pode inferir que não a pode negar”, o que invoca o axioma jurídico *ipsum de nemo maxim tenetur prodere*⁸², integrante da definição de processo equitativo.

O TEDH afirmou que o direito contra a auto-incriminação inclui o respeito pela vontade do arguido falar ou silenciar. O Tribunal de Estrasburgo declarou, no entanto, que este

⁷⁹ Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58009#{"itemid":\["001-58009"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58009#{)

⁸⁰ Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59347#{"itemid":\["001-59347"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59347#{)

⁸¹ Cfr. Livro Verde - A presunção de inocência (apresentado pela Comissão das Comunidades Europeias), Bruxelas, 26.4.2006, COM(2006), acessível: http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=pt&type_doc=COMfinal&an_doc=2006&nu_doc=174.

⁸² ninguém pode ser obrigado a incriminar-se a si próprio

direito à não auto-incriminação não inclui a possibilidade de usar no processo meios de prova obtidos por poderes de autoridade através do arguido, não obstante a sua vontade.⁸³

Bendenoum c. França⁸⁴

Já estava estabelecido que o artº 6º da CEDH protegia o direito a um processo justo, incluindo, ainda que de forma não expressa, os direitos ao silêncio e à não auto-incriminação.

No caso ora em análise, e porque se tratava de uma actuação das autoridades alfandegárias, o TEDH pronunciou-se favoravelmente pela aplicabilidade dos princípios penais aos procedimentos fiscais.

Pronunciou-se também sobre o facto de os direitos do artº 6º poderem ser invocados noutros domínios que não o penal, desde que a infracção tenha natureza penal (independentemente da qualificação atribuída no direito interno-disciplinar, criminal, contra-ordenacional, etc), seja pela gravidade da pena, pelos interesses que pretende acautelar ou pelos objectivos preventivos ou reparadores visados.

⁸³ como documentos obtidos na sequência de buscas judicialmente ordenadas, ou de recolha de amostras e exames de sangue, urina, saliva, cabelo, voz, ou recolha de tecidos orgânicos para a realização de testes de ADN - cfr. **Caso Jalloh c. Alemanha**, de 11 de Julho de 2006

⁸⁴ Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62420#{\"itemid\":\[\"001-62420\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62420#{\)

IV-ABORDAGEM CONSTITUCIONAL

Não obstante o legislador constitucional não ter definido o direito ao silêncio do arguido nos normativos que consagram direitos, liberdades e garantias de processo penal, tal não nos impede de considerar que o mesmo está presente na categoria jurídica dos direitos, liberdades e garantias.

O direito ao silêncio não consiste apenas na recusa de prestar declarações no interrogatório, mas também quando em qualquer fase processual se mostra indisponível para entregar documentos dos quais constem declarações suas.

Ainda que esses documentos, nomeadamente através de buscas, possam chegar ao processo e ser valorados, o arguido não é obrigado a entregá-los, e isso não pode ser valorado contra si ou sancionado como constituindo prática de um crime de desobediência.

Tal facto, não se confunde com o direito contra a auto-incriminação. O direito ao silêncio constitui apenas uma vertente do direito contra a auto-incriminação.

Nemo tenetur se ipsum accusare

O princípio é simples: ninguém pode ser obrigado a contribuir para a sua incriminação, seja de forma declaratória, material, activa ou passiva, privilégio que assegura ao arguido um estatuto de sujeito processual, afastando-se, assim, a possibilidade de instrumentalização que reduziria o arguido a um meio de prova, garantindo-se a defesa da pessoa humana e da sua dignidade *ad instar* da máxima Kantiana “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como meio”⁸⁵

Este princípio garante, hoje em dia, que qualquer contribuição do arguido que possa desfavorecer a sua posição processual seja feita de forma livre.

A presunção de inocência, a ampla defesa, o respeito pela dignidade pessoal do acusado são características deste princípio, tendo a natureza jurídica de um verdadeiro direito/garantia fundamental de defesa, uma vez que a Justiça não pode ser alcançada por qualquer forma e meio, podendo unicamente sê-lo pelos meios constitucionalmente admissíveis.

⁸⁵ **IMMANUEL KANT**- Fundamentação da Metafísica dos Costumes, Tradução Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, 1997, p.69.

Ainda que se considere intimamente ligado à presunção de inocência e ao direito ao processo equitativo, não é apenas uma decorrência de outras garantias constitucionais, é um direito, uma liberdade e uma garantia autónoma.

Tal como explanado no artº 16º da CRP, esta não é uma realidade fechada, sujeita ao princípio da tipicidade. Logo, esta é uma espécie de direitos que não se reduz aos do Título II, I Parte.

Assim, aos direitos, liberdades e garantias previstos na CRP, podemos encontrar outros, na lei ordinária ou num instrumento de direito internacional, que podem até estar vertidos na CRP mas fora do catálogo, ou tratar-se de direitos não positivados.

O privilégio contra a auto-incriminação está consagrado quer na lei ordinária, quer no artº 14º nº 3 g) do PIDCP.⁸⁶

Mas existirá, no nosso ordenamento, a possibilidade de restrição das garantias processuais?

Possibilidade de restrição das garantias processuais

Para entendermos as restrições aplicáveis aos direitos fundamentais, é necessário saber distinguir entre princípios e regras.

Assim, no caso da garantia contra a autoincriminação, *a beneplacito* com o que diz Wagner Marteleto Filho “No nível da regra(...) o acusado não pode ser compelido a prestar declarações por ocasião de interrogatórios for mais, atuando como testemunha contra si mesmo; não pode, outro assim, ser constrangido a praticar conduta activa que introduza informação no processo.

No plano do princípio, observa-se que a garantia outorga um direito *prima face*, de não cooperação com a produção de prova(...).”⁸⁷

⁸⁶ *Toda a pessoa acusada de um delito terá o direito de em plena igualdade, pelo menos as seguintes garantias: a de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada, al.g).*

⁸⁷ **FILHO; Wagner Marteleto**, *O direito à não autoincriminação no Processo Penal Contemporâneo*, Del Rey editora, 2012, p. 3

No entanto, este privilégio tem algumas restrições, uma vez que o arguido pode ser tanto sujeito processual como objecto de prova.

Devemos começar por entender se a nossa CRP autoriza essa restrição.

Existem restrições que são expressamente autorizadas pelo texto constitucional e outras que são implícitas, sendo que estas são as que podem ser extraídas da norma constitucional, mediante a necessidade de conciliar direitos fundamentais ou interesses constitucionais determinados. Havendo direitos em confronto, poderemos assistir a uma restrição parcial de alguns deles.

Uma vez que a restrição é permitida, a mesma tem que ser feita de acordo com o disposto no artº 18º da CRP.

O artº. 29º da DUDH permite igualmente que se restrinjam direitos fundamentais de forma a assegurar o reconhecimento ou o respeito de direitos ou liberdades.

Os direitos, liberdades e garantias só podem ser restringidos por lei da AR ou por decreto-lei autorizado, ⁸⁸sendo que este deve respeitar o objecto, o sentido, a extensão e a duração impostos pela lei de autorização⁸⁹.

Impõe-se que esta restrição observe vários princípios, nomeadamente o da adequação, ou seja, as medidas restritivas devem salvaguardar outros direitos constitucionalmente protegidos, o princípio da exigibilidade, isto é, exige-se que o legislador não disponha de mais nenhum meio restritivo para alcançar o mesmo fim, e o princípio da justa medida, que consiste no facto de não se permitir que as medidas adoptadas sejam desproporcionais aos fins que se pretendem alcançar.

Consagra ainda o artº 18º nº 3 da CRP que não se pode de forma nenhuma sacrificar o direito subjectivo de uma pessoa de tal forma que para ela esse direito deixe de ter significado.

Assim, chegamos, então, à conclusão que também o direito ao silêncio pode ser objecto de restrições.

⁸⁸ Artigos 18, nº2 e 165. º/1, 2, 3 e 4 da CRP

⁸⁹ Art 165. º/1, 2, 3 e 4 da CRP

A conjugação do artº 172º nº 1 do CP com a sujeição a exames prevista no artº 6º nº 1 da Lei 45/2004, de 19 de Agosto evidencia uma restrição ao direito da não auto-incriminação.

Assim, ao determinar que “pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este se revele necessário ao inquérito ou a instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela entidade competente, nos termos da lei”, permite-se que existe tal necessidade quando não se consegue, por outra via, alcançar a descoberta da verdade material, a não ser com a colaboração do arguido.

Por sua vez, entende o TEDH⁹⁰, que o direito à não auto-incriminação “não abrange a utilização num processo penal de dados que possam ser obtidos do acusado mediante o recurso a poderes coercivos, mas existem independentemente da sua vontade, por exemplo os documentos apreendidos mediante um mandato, as recolhas de hálito, de sangue, de urina, assim como de tecidos corporais tendo em vista uma Análise de DNA.”

Posição idêntica à do TEDH tem tido a jurisprudência portuguesa, no que respeita ao tratamento da figura do privilégio contra a auto-incriminação, fazendo coincidir a tutela conferida por essa garantia com a protecção que decorre do direito ao silêncio.

O TC no Ac. nº 155/2007 (publicado no DR, 2ª série de 10 de Abril de 2007,) considera que o “direito à não auto-incriminação se refere ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo (...) o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, como é o caso, por exemplo e para o que agora nos importa considerar, da colheita de saliva para efeitos de realização de análises de A.D.N. **Na verdade, essa colheita não constitui nenhuma declaração, pelo que não viola o direito a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado.** Constitui, ao invés, a base para uma mera perícia de resultado incerto, que, independentemente de não requerer apenas um comportamento passivo, não se pode catalogar como obrigação de auto-incriminação. Assim sendo, não se pode sustentar, ao contrário do que pretende o recorrente, que as normas questionadas contendam com o privilégio contra a auto-incriminação.”

Assim, concluímos que o direito ao silêncio é a única vertente do direito à não auto-incriminação que tem uma natureza declaratória.

⁹⁰ cfr acórdão Saunders

Discordamos, então, da posição maioritária da jurisprudência, entendendo que o direito à não auto-incriminação proíbe qualquer actuação que possa coagir o arguido a produzir prova contra si próprio, o que inclui a natureza declaratória.

Veja-se, a esse propósito, o Acórdão da Relação do Porto, de 28.01.2009, Processo nº 0816480, relatado pela Desembargadora Maria do Carmo Silva Dias que vem sustentar a nossa convicção que é absolutamente irrelevante se a colaboração pretendida é fundamentada em comportamentos activos ou omissivos do arguido, bem como se têm ou não natureza declaratória.

O arguido é directamente visado pela diligência probatória, o que o instrumentaliza, de forma a que esteja ao serviço de interesses que são, no seu todo, contrários aos seus.

Não queremos, no entanto, com esta nossa visão, tentar inviabilizar diligências probatórias.

Não obstante, considerando que as mesmas poderão colidir, ainda que parcialmente, com outros direitos fundamentais, colidem também com privilégios do arguido, encontrando-se sujeito ao regime do artº 18º da CRP.

Mesmo no que respeita ao direito ao silêncio, o mesmo está limitado, uma vez que o arguido não se pode remeter totalmente ao silêncio, nem na fase de inquérito nem na fase de audiência de julgamento, *id est*, este direito apenas se traduz na factualidade criminosa, não abrangendo perguntas relativas à sua identidade e, antes da alteração à Lei, antecedentes criminais (na fase de inquérito) e identidade e processos penais pendentes (na fase de audiência de julgamento)⁹¹.

Com a entrada em vigor da alteração introduzida ao artigo 359º, nº 2 CP, pela Lei 19/2013 de 21 de Fevereiro, a falsidade das declarações prestadas por arguido relativamente aos seus antecedentes criminais deixou de preencher o tipo do crime.⁹²

Por outro lado, poderíamos concluir que ao revelar a sua identidade, o arguido pode contribuir para a sua auto-incriminação, uma vez que poderia haver uma fundada dúvida so-

⁹¹ Alterado pela Lei 20/2013 de 21 de Fevereiro.

⁹² Vide TRC, Ac. de 9 de Abril de 2014, processo 321/11.7GEACB.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf?OpenDatabase>

bre a sua identidade, o que importaria a sua absolvição, uma vez que *absolvere debet judex potius in dúbio, quam condemnare*.

No entanto, parece-nos que esta restrição está conforme o plasmado no artº 18º da CRP, nomeadamente com o princípio da proporcionalidade.

Para o Juíz, é fundamental saber quem é aquela pessoa e se se confirma que é o sujeito que vem acusado da prática de um crime.

Este é o início para que se possa fazer “a já tão costumada JUSTIÇA”.

Direito ao silêncio

Se no processo inquisitório a ideia que dominava era a de redução do arguido a objecto, na estrutura acusatória quem acusa tem a obrigação de provar os factos. Assim, o arguido é um sujeito processual e não um objecto.

Como ensina Guedes Valente “O arguido (...) não pode ser concebido como um objecto do processo, como “coisa”, não sendo alguma vez meio formal de prova, mas deve ser encarado como um sujeito processual que possa, livremente, contradizer a acusação, recorrendo a armas iguais às de acusador(...)

Do exposto, decorre que o arguido não pode ser obrigado a prestar qualquer colaboração com o tribunal, devendo a sua participação no processo ser livre, respeitando-se a sua integral vontade de forma que não surja uma verdade deturpada por força de qualquer pressão”.⁹³

Ensina, por sua vez, Canotilho: “A densificação dos direitos, liberdades e garantias é mais fácil do que a determinação do sentido específico do enunciado dignidade da pessoa humana. (...) Quanto à dignidade da pessoa humana, a literatura recente procura evitar um conceito fixista, filosoficamente sobrecarregado (dignidade humana em sentido 'cristão e/ou

⁹³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *op. Cit.*, p. 168

cristológico', em sentido 'humanista-iluminista', em sentido 'marxista', 'em sentido sistémico', em sentido 'behaviorista')”⁹⁴

A estrutura acusatória do processo penal, tal como afirma Anabela Miranda Rodrigues, foi a resposta à afirmação generalizada dos direitos fundamentais.⁹⁵

O direito ao silêncio tem, então, a sua origem no Direito anglo-saxónico, de estrutura acusatória, tendo como base a dignidade da pessoa humana e a liberdade de vontade e de acção, que assume a liberdade de declaração.

Se por um lado o arguido tem o direito de intervenção, por outro tem o direito a silenciar declarações e a não colaborar, tal como tem a ausência de obrigação de falar com verdade. No entanto também não tem o direito de mentir. Simplesmente não há uma punição da mentira.⁹⁶

Tenta assim garantir-se que o arguido não seja de alguma forma coagido, de forma até enganosa, a contribuir para a sua própria condenação.

Por forma a garantir que a liberdade humana seja intocável, o que se pretende é que qualquer meio de prova que chegue ao processo através do arguido seja fruto de uma acção livre e esclarecida, o que resulta que em todas as fases do processo o arguido tem o direito de ficar em silêncio e tal não pode ser valorado contra si, indo contra o brocardo *quid tacet, consentire videtur*.

Tanto a CRP como a lei ordinária não têm estabelecido nenhuma medida que restrinja tal direito, ou que mereça uma causa de justificação, tendo este direito correspondência com o artº 32º da CRP (que é também uma cláusula geral das garantias de defesa), nomeadamente nos seus nºs 8⁹⁷, 2 e 5.

Qualquer meio de prova obtido com o desrespeito a tal princípio, deriva da utilização do arguido como obtenção de meio de prova, um objecto e não um sujeito processual, e que pode conduzir à própria incriminação.

⁹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 363.

⁹⁵ *A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no admirável mundo novo*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 12, nº4, Outubro-Dezembro, 2002, pag. 549

⁹⁶ Mais, *no decurso da audiência de julgamento o juiz não deve tecer considerações quanto à decisão dos arguidos de exercerem o direito ao silêncio, nem quanto à adequação dessa decisão aos seus interesses, não lhe cabendo também aconselhá-los a, no caso de pretenderem prestar declarações, o deverem fazer com verdade*, no Acórdão da Relação de Lisboa de 7 de Janeiro de 2009, proc. n.º 10693/2008-3, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/0/bee6a8a04b2fd83e8025754000391013?OpenDocument>

⁹⁷ “nulidade de todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa”

O Processo Penal tenta, então, a coexistência entre as exigências de defesa da sociedade e a salvaguarda dos direitos fundamentais, sendo que para tal, encontramos nos artºs 60º, 61º nº 1 al.d) e no artº 343º nº 1 do CPP uma consagração expressa do direito ao silêncio, bem como o dever de esclarecimento que resulta do princípio *nemo tenetur* (artºs 58º nº 2, 61º nº 1 al.h), 141º nº 4, al.a), 343º nº 1, com a cominação prevista no artº 58º nºs 2 e 5), bem como a proibição que o silêncio do arguido seja valorado contra ele (artº 343º nº 1 e 345º nº 1).

Como tal, esse silêncio apenas traduz uma ausência de declarações, não sendo possível daí extrair coisa nenhuma⁹⁸, quer seja um indício ou uma confirmação de culpabilidade, ou um factor a ter em conta aquando da determinação da pena, sendo certo que se se retirar daí qualquer fundamentação jurídica, essa será indubitavelmente uma fundamentação *contra legem*.

Atendendo às definições presentes no artº 1º do CPP, a expressão do direito ao silêncio, incluída no princípio *nemo tenetur*, e a sua valoração, é constante seja qual for a fase processual ou a entidade perante a qual se recorre ao direito.

Sendo o arguido um sujeito processual, têm que ser asseguradas todas as garantias de defesa, respeitando a sua liberdade de declaração, que tanto reveste a forma de meio de defesa como de direito de defesa.

Assim, e tendo isso em consideração, *ex vi legis*, o arguido tem que ser informado que beneficia desse direito, esclarecido que o seu silêncio não pode ser valorado contra si e que, se optar por prestar declarações, pode recusar-se a responder a algumas, sem que tal o desfavoreça.⁹⁹ Deve ainda ser esclarecido e ressalvado o facto de que a desobediência a essa formalidade efectiva-se numa intromissão na privacidade da pessoa sujeita a interrogatório, traduzindo-se numa proibição de prova.

Há inúmeras restrições ao direito ao silêncio, previstas na nossa ordem jurídica, nomeadamente a do artº 61º nº 3, al.b), que estipula que ao arguido não assiste o direito ao silêncio no que diz respeito às perguntas sobre a sua identidade, devendo às mesmas responder com verdade, bem como a obrigatoriedade de se sujeitar a exames de despiste de alcoolémia e produtos estupefacientes no domínio rodoviário e outras.

⁹⁸ Ac. TRC 29.5.2013, Proc 66/10.5GCVIS.C1JTTRC, disponível em www.dgsi.pt

⁹⁹ Artigos 141º, nº4; 143º, nº2; 144º nº1; 343º, nº1 e 345º, nº1 do CPP

Tratando-se de um suspeito, cujo estatuto é diferente do de arguido, nada obsta contra o facto de o mesmo usufruir também ele do privilégio à não auto-incriminação e o privilégio do silêncio. No entanto, consideramos que só após a constituição como arguido passa a vigorar não o privilégio mas o direito ao silêncio.

A falta de constituição como arguido, nos casos previstos na lei, e a inquirição um suspeito na qualidade de testemunha, fazendo a cominação que pode incorrer em crime de falso testemunho, pode levar a uma proibição da valoração, e nulidade.¹⁰⁰

Ipsa jure, em todas as fases do processo o arguido tem o direito de ficar em silêncio e tal não pode ser valorado contra si.

Qualquer meio de prova obtido com o desrespeito a tal princípio, deriva da utilização do arguido como obtenção de meio de prova, um objecto e não um sujeito processual, e que pode conduzir à própria incriminação.

O Processo Penal tenta, então, a coexistência entre as exigências de defesa da sociedade e a salvaguarda dos direitos fundamentais, contemplando, para tal, nos artºs 60º, 61º nº 1 al.d) e no artº 343º nº 1 do CPP uma consagração expressa do direito ao silêncio, bem como o dever de esclarecimento que resulta do princípio *nemo tenetur* (artºs 58º nº 2, 61º nº 1al.h), 141º nº 4, al.a), 343º nº 1, com a cominação prevista no artº 58º nºs 2 e 5), assim como a proibição que o silêncio do arguido seja valorado contra ele (artº 343º nº 1 e 345º nº 1).

Destarte, esse silêncio apenas traduz uma ausência de declarações, não sendo possível daí extrair coisa nenhuma, quer seja um indício ou uma confirmação de culpabilidade, ou um factor a ter em conta aquando da determinação da pena, sendo certo que se se retirar daí qualquer fundamentação jurídica, essa será indubitavelmente uma fundamentação *contra legem*.

Atendendo às definições presentes no artº 1º do CPP, a expressão do direito ao silêncio, incluída no princípio *nemo tenetur*, e a sua valoração, é constante seja qual for a fase processual ou a entidade perante a qual se recorre ao direito e, uma vez que o arguido é um sujeito processual, têm que ser asseguradas todas as garantias de defesa, respeitando a sua liberdade de declaração, que tanto reveste a forma de meio de defesa como de direito de defesa.

A questão é, se no contexto de uma investigação criminal, forem solicitadas ao arguido informações, poderá o mesmo recusar-se a prestá-las ao abrigo do direito ao silêncio. Con-

¹⁰⁰ Art. 126º nº1 e 2, al.a)

sideramos que, obedecendo ao princípio da legalidade, (estando estas restrições reguladas em lei expressa e prévia) bem como aos da proporcionalidade e necessidade¹⁰¹, o direito é susceptível de admitir restrições, desde que não sujeite o arguido a perseguição penal.

O arguido não é prejudicado pelo silêncio, sendo que o princípio da investigação obriga o tribunal a reunir as provas necessárias à decisão¹⁰². Ainda assim, do silêncio não pode ser retirado qualquer efeito, nem para prova da acusação nem o contrário

Diz Costa Andrade¹⁰³, citando Kuhl, ” (...) se o arguido exerce o seu direito ao silêncio, ele renuncia (faculdade que lhe é reconhecida), a oferecer o seu ponto de vista sobre a matéria em discussão, nessa medida vinculando o tribunal à valoração exclusiva dos demais meios de prova disponíveis no processo.”

O artigo 344º, n.º1 do CPP prevê a confissão do arguido quanto aos “factos que lhe são imputados”.

Partimos do princípio que ninguém confessa aquilo que o prejudica (*ea natura est omnis confessionis ut demens esse videatur qui confitebur de se*), a não ser que esteja certo que existem outras provas que o possam beneficiar, não obstante o princípio geral sobre a confissão enunciado pelo artigo 353º do C. Civil: confissão é o reconhecimento que a parte faz da realidade de um facto que lhe é desfavorável e favorece a parte contrária.

Destarte, não só o silêncio não constitui meio de prova, como qualquer efeito probatório nunca poderia ser a favor do “confitente”.

Uma vez que o arguido optou por se remeter ao silêncio, esse nem pode, sequer, ser invocado como base para outra versão dos factos que possa suscitar a dúvida (sobretudo séria e razoável) sobre outros elementos de prova da matéria da acusação.

Mais, a leitura de declarações de alguém que, na altura em que as prestou, não estava esclarecida sobre o efeito processual das mesmas, não podem ser valoradas, sobretudo em sede de julgamento. Ainda que estejam junto aos autos, tal facto determina a proibição da sua leitura, por inerência ao princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, uma vez que ao adqui-

¹⁰¹ Artº 18º nº 2 CRP

¹⁰² A este respeito, Acórdão nº 499/11.0GBVNG.P1 de Tribunal da Relação do Porto, 09 de Janeiro de 2013 , disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/ac23a39842f957d780257b010036ee0f?OpenDocument>, consultado a 24/03/2014

¹⁰³ *in* Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, p. 129

rir o estatuto de sujeito processual, que decorre de um formalismo legal, adquire-se uma posição munida de poderes de actuação processual.

No entanto, para que fosse possível a leitura de declarações do arguido em audiência de julgamento, era preciso, antes da alteração à lei, que este tivesse prestado declarações em audiência. Ou seja, caso se reservasse ao silêncio em audiência, era afastada a admissibilidade de leitura de declarações prestadas antes. Esta proibição de leitura subsistia mesmo que não tivessem sido produzidas quaisquer outras provas em audiência de julgamento.

Tal lacuna poderia ser sanada, na busca da verdade material, se forem esgotados todos os meios probatórios possíveis.

A lei ordinária consagra que as declarações do arguido são um meio de prova, pois pode bastar a confissão feita de livre vontade, integral e sem reservas, para provar os factos da acusação ou pronúncia.

Os artigos 64º, 141º e 357º do CPP sofreram alterações com a Lei 20/2013. Assim sendo, temos agora um novo regime de admissibilidade de leitura de declarações do arguido em audiência de julgamento, que, aparentemente, se justifica com uma garantia de paz jurídica, pelo que, assistimos, no entanto, a uma alteração também na natureza jurídica das declarações. Agora, as declarações feitas pelo arguido, perante autoridade judiciária, trazem consigo a sua valoração como meio de prova, ou seja, quando o MP decidir se há ou não indícios para deduzir acusação, ou arquivar, a valoração destas declarações poderá ser valorada, e o MP poderá incluí-las nos meios de prova necessários para sustentar a sua acusação.

Tratando-se de audiência de julgamento, a reprodução ou leitura das declarações prestadas anteriormente pelo arguido é agora admitida se tiverem sido feitas perante autoridade judiciária e na presença de defensor. Não obstante, a presença de defensor pode ser diferente quer se tratem de declarações perante a autoridade judiciária ou perante o Juiz de julgamento.

É o Juiz que decide sobre a admissibilidade dos esclarecimentos dados pelo arguido, solicitados ou pelo MP ou pelo defensor (no fim do interrogatório judicial), ora, se em fase de inquérito, a investigação criminal não tem ainda fixado o objecto do processo, as declarações prestadas constituem um meio de defesa apenas parcial. Logo, o objecto do processo deve ser conhecido no momento em que se prestam as declarações, sob pena de não haver uma consonância constitucional da admissibilidade da leitura das declarações, pois o que está aqui em causa é o artº 32º da CRP.

Esta alteração do regime das declarações levanta sérias dúvidas no que respeita ao direito ao silêncio do arguido.

O artº 141º do CPP, no seu nº 4 d) determina que o Juiz tem que informar o arguido “de que não exercendo o direito ao silêncio as declarações que prestar poderão ser utilizadas no processo, mesmo que seja julgado na ausência, ou não preste declarações em audiência de julgamento, estando sujeitas à livre apreciação da prova.”

Agora, a al. b) do nº 1 do artº 357º consente a leitura das declarações do arguido prestadas perante autoridade judiciária na presença de defensor.

Como refere Isabel Oneto¹⁰⁴, “É que em bom rigor, os princípios da imediação e da oralidade são, também eles, projecções do princípio da estrutura acusatória do processo penal, que impõe de forma inarredável uma separação clara entre a entidade que acusa e a entidade que julga. A não ser assim, admitir-se-ia que fosse consentido ao legislador ordinário determinar que toda a prova produzida em sede de inquérito seria admissível em audiência.”

Parece-nos que o que estará aqui em causa é a própria estrutura acusatória do processo penal, permitindo que em julgamentos onde não há qualquer produção de prova seja suficiente a leitura das declarações do arguido sem imediação ou contraditório, pelo que concordamos com a opinião de Isabel Oneto.

Mais, pode também abrir-se o caminho para que o arguido se remeta ao silêncio numa fase anterior ao julgamento, boicotando a investigação criminal e o seu propósito da descoberta da verdade material, isto porque o arguido sabe que se falar no interrogatório isso poderá ser usado contra si em julgamento, o que limita também as suas garantias de defesa.

Se no processo inquisitório a ideia que dominava era a de redução do arguido a objecto, na estrutura acusatória quem acusa é quem tem obrigação de provar os factos. Assim, o arguido é um sujeito processual e não um objecto.

¹⁰⁴in *As declarações do arguido e a estrutura acusatória do Processo Penal Português*, disponível em <http://revistas.uulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/3253>, consultado em 24/03/2014

V-JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

É um facto que o exercício do direito ao silêncio não pode desfavorecer o arguido, mas também não pode beneficiá-lo.

Este direito, muitas vezes, pode efectivamente impedir o tribunal de conhecer factos que são apenas do conhecimento pessoal do arguido, e que poderiam de alguma forma favorecer-lo, v.g., factos que poderiam constituir uma causa de justificação ou exclusão de culpa, arrependimento sincero, circunstâncias atenuantes, etc.

Não obstante o arguido estar isento do ónus de provar a sua inocência, não pode ser desfavorecido por optar pelo silêncio, do qual não é legítimo retirar qualquer tipo de significado, quer seja para determinar a culpa, a medida da pena ou o que quer que seja.

Por outro lado, quando é do interesse do arguido invocar um facto que o poderá favorecer, optar pelo silêncio pode ser desfavorável para ele, não violando, ainda assim, o *in dubio pro reo* ou o privilégio contra a auto-incriminação. No entanto, fica inibido de apresentar a sua versão dos factos e o tribunal fica limitado ao que se provou em sede de audiência de julgamento.

Tem sido entendimento do STJ que a opção pelo silêncio pode ter consequências, ainda que essa opção não possa ser valorada em seu desfavor, pois é um direito seu (artº 343º do CPP). No entanto, essas consequências não passam pela valoração indevida mas antes pelo facto de assim o arguido prescindir de dar a sua visão pessoal dos factos e de, possivelmente, prescindir de esclarecer determinados pontos de que tem conhecimento pessoal, ficando afastada a confissão espontânea e o arrependimento, circunstâncias relevantes na medida da pena.¹⁰⁵

Mais se tem entendido que “Um arguido que mantém o silêncio em audiência, não pode ser prejudicado, pois não é obrigado a colaborar e goza da presunção de inocência, mas prescinde assim de dar a sua visão pessoal dos factos e eventualmente esclarecer determina-

¹⁰⁵ vide, v.g., Ac. do STJ de 20.12.2007, proc. n.º 06P775 e Ac. do STJ de 10.01.2008, proc. n.º 3227/07, Ac. RC de 15.10.2008, proc.n.º 400/06.2GCAVR.C1, todos in www.dgsi.pt

dos pontos de que tem um conhecimento pessoal. Daí que quando tal suceda não possa invocar que foi prejudicado pelo seu silêncio”.¹⁰⁶

Conclui-se ainda que “(...) na avaliação da personalidade não está em causa o direito ao silêncio, em ordem a extrair deste um juízo desfavorável relativamente àquela. Porém usando o arguido daquele direito, fica impedido o tribunal de se socorrer de elementos que poderiam levá-lo a uma atitude de compreensão em termos de culpa, susceptível de se repercutir na medida da pena e no prognóstico do seu comportamento futuro, com interesse para as exigências de prevenção especial e da própria necessidade da pena.”¹⁰⁷

Analisando as várias decisões dos tribunais encontramos também os argumentos que: “se o recorrente não pode sair prejudicado do uso do seu direito ao silêncio, também não pode ser beneficiado porquanto uma confissão espontânea, acompanhada de sincero arrependimento, relevante para a diminuição da pena, fica obviamente arredada pelo direito ao silêncio”. (Ac. STJ de 24/10/2001, Proc. n.º 2762/01-3, in www.dgsi.pt); “Resultando da factualidade provada e respectiva motivação que o arguido, usando do direito ao silêncio, não prestou quaisquer declarações em julgamento, e não podendo, obviamente, ser prejudicado por isso, certo é que impediu, desse modo, que o tribunal tivesse um melhor acesso à sua personalidade, condições de vida sócio-familiares, e perspectivas de reinserção social.” (Ac. STJ de 10/03/2004, Proc. n.º 258/04-3, in www.dgsi.pt).

Já o acórdão do STJ, processo 43.981, de 14.4.1993, que tem como base um acórdão do tribunal *ad quo*, (que na sua fundamentação de facto diz “os factos provados (e os não provados) como provados (e como não provados) se deram, com base na convicção do tribunal colectivo assente no que disseram e não disseram o arguido e as testemunhas inquiridas na audiência de julgamento (...)), vem dizer que “Decorre da motivação que também o que o arguido não disse pesou tanto na prova dos factos positivos como na dos negativos, com esquecimento de que aquele (arguido) não é obrigado a prestar declarações sobre o objecto do processo, sem que o silêncio possa desfavorecê-lo – cfr. art.º 343.º, n.º1”, concluindo, destarte, pela nulidade do acórdão do tribunal *ad quo*.

¹⁰⁶Ac. STJ de 20/10/2005, Proc. n.º 2939/05-5 e Ac. STJ de 14/06/2006, Proc. n.º 2175/06-5, ambos in www.dgsi.pt

¹⁰⁷ Ac STJ de 30/10/1996, Proc. n.º 59/96 in www.dgsi.pt

Há uma corrente da jurisprudência que defende que quando o arguido opta pelo silêncio é legítimo que o tribunal conclua que não houve arrependimento.¹⁰⁸

Opinião contrária, e com a qual concordamos, é a de Germano Marques da Silva¹⁰⁹ quando diz “o arguido pode guardar silêncio simplesmente porque estando inocente não sabe o que há-de dizer e porque processualmente compete à acusação a prova da imputação.”

O facto de o arguido optar por exercer o direito ao silêncio, não pode ter como consequência a dedução de que não houve arrependimento, porque o arrependimento, ou o não arrependimento, têm que ser resultado de um comportamento activo do arguido.

Destarte, não deve constar da matéria de facto dada como provada que o arguido não prestou declarações ou concluir assim que, conseqüentemente, não mostrou arrependimento.

¹⁰⁸ V.g Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 5.2.98, CJSTJ, Ano VI, I, 1998, p. 190 *O arguido não tem o dever de colaborar com a justiça. Mas, se ele guardar silêncio, é legítimo que o tribunal conclua que não houve arrependimento*, disponível em www.dgsi.pt

¹⁰⁹ *Curso de Processo Penal, II*, 4.^a Edição - Revista e actualizada, Editorial VERBO, 2008.

VI-BREVE ANÁLISE ÀS ALTERAÇÕES AO REGIME DAS DECLARAÇÕES DO ARGUIDO

A admissibilidade da prova que é “adquirida” em fase anterior à que é suposto ser usada, cria um regime de aproveitamento de declarações, que exige uma série de condições e requisitos nessa aquisição.

Falamos concretamente nos artºs 357º e 141º do CPP, na parte que respeita ao arguido.

A condição geral de admissibilidade como prova destas declarações é o ter-se criado um ambiente próprio de julgamento, ou seja, todo um alinhamento de requisitos estabelecidos nos artigos referidos supra, tais como a tramitação do procedimento, o registo das declarações, o exercício (ou não) do contraditório, a salvaguarda das garantias de defesa (como sendo, por exemplo, o acesso aos autos e à informação).

A primeira alteração estabelecida é que o arguido tenha prestado declarações perante autoridade judiciária. Inclui-se o MP mas não o OPC.

Consideramos, no entanto, que tal deveria acontecer apenas perante um Juíz, uma vez que o interrogatório perante o MP não é igual a um interrogatório perante um Juíz. O MP tem o dever de objectividade mas quando está numa diligência de investigação tem como dever obter informação para ver esclarecido um determinado caso, seguindo uma linha de orientação estratégica para a investigação. Põe-se, então, a questão de, em interrogatório, poder fazer um alinhamento de perguntas que interessam à investigação, ludibriando (ainda que de forma não intencional, mas no espírito da investigação) o arguido por forma a obter respostas.

Parece-nos questionável que declarações prestadas perante o MP sejam iguais a declarações prestadas perante um Juíz mas, no entanto, se formos pelo aspecto da eficácia, o legislador só pode ser realista se incluir o MP.

Isto implica que o MP tenha sempre que nomear defensor ao arguido desde que pretenda este efeito de aproveitamento das declarações para julgamento.

Então, outro requisito, é que tenhamos assistência do defensor.

O terceiro requisito é, por remissão do 357º para o 141º, que o arguido tenha sido informado de que *não exercendo o direito ao silêncio, as declarações que prestar poderão ser utilizadas no processo, mesmo que seja julgado na ausência ou não preste declarações.*

Consideramos que esta informação deve ser muito clara, para que a estratégia de defesa seja consciente.

O registo das declarações (seja áudio ou audiovisual) é outro requisito a ter em conta sendo que consideramos que tal seja necessário para que haja o tal ambiente de julgamento, o que teoricamente é coerente mas na prática é fonte de problemas.

Senão, vejamos:

Se as declarações anteriormente prestadas em inquérito ou em instrução fossem reduzidas a auto, toda a gente que tem acesso ao auto pode ler. Se fosse áudio ou vídeo, seriam gravadas no programa Habilus. Assim, como poderia haver acesso? Os OPC's, por exemplo, como órgão coadjuvante, teriam acesso?

Na verdade, a norma do 141º nº 4 não veda totalmente que sejam usadas as formas tradicionais de registo de declarações em auto quando os outros meios não estiverem disponíveis, o que deverá constar do auto.

Pondo a hipótese de o arguido, no inquérito, e tendo sido anteriormente interrogado pelo OPC, dizer que confirma todas as declarações que prestou, esta confirmação servirá¹¹⁰? Se o OPC não gravou, e as declarações estiverem reduzidas num auto, então temos um suporte diferente. A solução de, por exemplo, se dar o auto a ler, gravando, parece absurda. Neste caso consideramos que o arguido deveria ser confrontado com o constante no auto e ir confirmando (ou não) o que lá consta, tendo que haver gravação destas novas declarações.

Havendo problemas práticos de os vários sujeitos processuais poderem aceder às declarações ou, pelo menos, para se poder conseguir gerir a informação, parece-nos que uma solução poderia ser (não obstante a gravação) fazer-se uma súmula no auto.

Estes são, então, os requisitos de admissibilidade das declarações no julgamento. Não obstante esta alteração não dizer “sob pena de nulidade”, tratando-se de matéria de prova e de imposições imperativas, teremos um vício se se verificar a inobservância de qualquer um dos requisitos fundamentais.

Relativamente ao aspecto da valorização destas declarações, o artº 357º só impõe que não tenha um efeito confessório, nos termos do artº 144º, deixando em aberto que sejam livremente valoradas.

¹¹⁰ Ver a este respeito acórdão do TRC 67/07.0GAVZL.C

Importa, então, tentar entender porque razão se optou por este novo regime.

Consideramos que estas alterações estarão directamente relacionadas com uma questão de alarme social e de indignação perante alguns resultados de julgamentos em que o arguido tinha, por exemplo, reconhecido o crime e quando chegava a julgamento, como não havia prova determinante, remetia-se ao silêncio e era absolvido.

Para além da questão social, parece-nos que também a questão de se dar relevância à verdade material porque, de um ponto de vista epistemológico, parece que só a comunidade jurídica é que entendia porque eram ignoradas as declarações livremente prestadas em fases anteriores quando em julgamento se optava pelo direito ao silêncio.

É a expressão mais intensa do princípio contra a auto-incriminação, mas parece que era difícil entender como é que um sistema legal protegia alguém das suas próprias declarações (possivelmente porque não foi explicado a quem tinha esta ideia e era mais fácil alterar a lei...)

Pairava também a ideia que existia um sujeito processual que podia enganar a justiça, aliado ao facto do princípio da lealdade processual parecer ser dirigido somente a alguns sujeitos processuais ou de ordem deontológica.

Afirmam, então, os defensores deste novo regime que o legislador arranjou forma de o sistema de justiça não ser ludibriado.

Esta não é uma originalidade portuguesa, sendo que já acontece quer na Alemanha, quer na Itália¹¹¹

Até mesmo na Suíça, podem ser aproveitadas todas as provas produzidas nas fases preliminares, apenas se exigindo que o arguido tenha sido assistido por defensor.

Relativamente à eficácia do sistema, pode até acontecer que se obtenha melhor informação e, em julgamento, que se tenham mais alguns elementos para poder ser decidido num sentido ou noutro, o que dependerá da convicção do julgador.

O que vai acontecer é que o interrogatório do arguido vai ser, na prática, o início do seu julgamento! Consequentemente, vai provocar uma antecipação do exercício do direito ao silêncio.

¹¹¹ Na Alemanha, o artº 245º permite a leitura das declarações do arguido e na Itália as declarações podem ser aproveitadas desde que prestadas perante Juíz, MP ou OPC (artºs 513º, 503º e 129º).

Parece-nos que esta revisão trouxe-nos também a revisão da estrutura acusatória do processo penal e do princípio do contraditório, bem como de outros princípios que também têm muita pertinência, como o da imediação, da oralidade, da concentração da prova, da presunção de inocência e do próprio direito ao silêncio.

Contrapondo com o regime das declarações para memória futura, o artº 271º estabelece as circunstâncias em que as mesmas podem ser prestadas, discorrendo sobre em que casos poderá haver a produção antecipada de prova.

Para que a imediação produza os seus frutos e não venha a ser desvirtuada, é necessário que o contacto oral entre o Tribunal e os participantes processuais permita ao Tribunal uma percepção viva, directa, não fragmentária ou atomística, do material base da decisão a proferir.

Consideramos que poderiam configurar um julgamento parcial antecipado, não fosse estarem sujeitas ao contraditório e que seja essencial para a sua validade como prova que estejam asseguradas as garantias de defesa, concedendo-se a possibilidade de contestar os elementos de prova produzidos, no caso de chegarem a ser utilizadas, entendendo-se, assim, que o tribunal tem contacto directo com as provas.

Tal como constitucionalmente imposto, o princípio do contraditório define não só a estrutura como o conceito da audiência de discussão e julgamento, como abarca em si as garantias de defesa do arguido. Assim, as declarações para memória futura só serão admissíveis após a constituição de arguido, de modo a que se garanta o respeito pelo contraditório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não podemos implementar um processo penal de contornos kafkianos, que advenha de um processo que busca a verdade material a todo o custo, ou melhor a custo do mais elementar direito do arguido.

O caminho para a solução parece ser norteado pelo princípio que os direitos do arguido não podem ser instrumentalizados e que cabe ao processo penal a tarefa de garantir que esses sejam exercidos da melhor forma.

Mais se diga que a discussão sobre o risco de impedir a descoberta da verdade material estará sempre ligada à perda de contributos probatórios para quem representa a acusação, como se os demais sujeitos processuais não fossem também afectados por essa perda.

Na verdade, o risco de perda de contributos probatórios não está só do lado do Ministério Público, existe também do lado do arguido, pelo que quer um quer outro deverão estar numa posição de igualdade (de armas) e interesse na prossecução descoberta da verdade material, verdade ¹¹² essa entendida como uma verdade histórico-prática e processualmente válida, geradora de uma convicção que permita ultrapassar o limite da dúvida razoável.

O exercício do direito ao silêncio não pode nem deve ser encarado como uma quebra ao dever de colaboração, obstruindo assim a descoberta da verdade material.

Destarte, os direitos fundamentais do arguido deverão ser os limites quer normativos quer éticos para a busca da verdade material e para a produção de prova.

Qualquer que seja a contribuição deste sujeito processual que resulte em seu desfavor deve ser uma afirmação livre.

No percurso de objecto de prova a sujeito processual, o arguido ganhou direitos fundamentais, nomeadamente dignidade, podendo optar pelo silêncio sem por em causa os seus interesses, tendo sido assegurada a plena liberdade de manifestação, seja para dar a sua versão dos factos, seja para calá-la, sem que esse *non facere* possa ser interpretado em seu prejuízo.

Um *jus puniendi* eficiente acarreta um processo penal garantista no qual os direitos fundamentais do arguido são respeitados.

¹¹² **FERRUA**, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, pag.1455, referência retirada de José Damião da Cunha, ob. cit.

Com a introdução da Lei 20/2013, são impostas restrições à faceta garantista do processo penal, que parecem satisfazer a comunidade e os seus interesses mas que colidem com os demais direitos fundamentais, sob a forma de legitimidade social, política e jurídica.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel da Costa, **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**, Coimbra Editora, 2006.

ANTUNES, Maria João, **Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido**, *in* Sub Judice, Ideias, 4, 1992

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, **Comentário ao Código de Processo Penal**, Universidade Católica Editora, 2ª edição.

_____ **Comentário ao Código de Processo Penal**. 2ª. Edição
Universidade Católica Editora, s.d.

BARRETO, Ireneu Cabral, **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Anotada**, 2.º Ed., 1999, Coimbra Editora

BECCARIA, Cesare, **Dos Delitos e das Penas**, 3ª edição, 2009, Fundação Calouste Gulbenkian, tradução de José Faria da Costa

CAPITA, Anna Maria, **Limitazioni del diritto al silenzio nella riforma del processo penale inglese**, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Fasc. 1, Gennaio- Marzo 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. 1993, Coimbra: Almedina

CORSO, Piermaria, **Diritto al silenzio: garanzia da defender o engombro da rimuovere?**, L'indice penale, Padova, Nuova serie a.2.n.3 (Settembre-Dicembre 1999), pp. 1077-1094.

CUNHA, José Damião, **O regime processual de leitura de declarações prestadas pelo arguido**, *in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 7, fascículo 3º, Julho-Setembro, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo, **Direito Processual Penal**, 1.º Edição 1974, Coimbra Editora, Reimpressão 2006;

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, **Curso de processo penal, Lições proferidas no ano lectivo 1954-1955**, Lisboa, v. I ,Danúbio, 1986.

GASPAR, António Henriques, **Os novos desafios do processo penal no século XXI e os direitos fundamentais (um difícil equilíbrio)**, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 15, nº2, Abril-Junho 2005.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, **Código de Processo Penal – Anotado**, 16.º Edição, 2007, Almedina;

ISRAEL, Jerold H., LAFAVE, Wayne R., **Criminal Procedure, Constitutional Limitations in a Nutshell**, West Publishing CO.1993

IMMANUEL, Kant- **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**..Lisboa:Edições 70, 1997

LEITE, André Lamas, **Segredo de Justiça Interno, Inquérito, Arguido e seus Direitos de Defesa**, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 16, nº4, Outubro-Dezembro de 2006, pag. 539.

LOPES, Patrícia Teixeira, **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Fevereiro de 1999**, (anotação), in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 13, nº3, Julho-Setembro, 2003.

MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, **Código de Processo Penal - Comentários e notas práticas**, Coimbra Editora, 2009;

MENDES, Paulo de Sousa, **Estatuto de Arguido e Posição Processual da Vítima**, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 17, nº4, Outubro-Dezembro, 2007.

MONCADA, L. Cabral, **Estudos de história do Direito. Acta universitatis Conibrigensis**. Coimbra, 1948

NETO, Theodomiro Dias, **O Direito ao silêncio; tratamento nos direitos alemão e norte-americano**, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Jul-Set- 1997, pág. 202.

ONETO, Isabel. “**As declarações do arguido e a estrutura acusatória do Processo Penal Português.**” 2013, disponível em

<http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/3253>

PALMA, Maria Fernanda, **A constitucionalidade do art.º 343.º do Código de Processo Penal (O Direito ao Silêncio do Arguido**, in Revista do Ministério Público, Lisboa, a. 15, n.60 (Out.-Dez..1994), p. 101 a 110.

PATRÍCIO, Rui, **O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português (Alguns problemas e esboços para a reforma do processo penal português)**, 2.ª Reimpressão, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito Lisboa, 2004;

RAMOS, José Joaquim Monteiro, **A oficialidade e os menores vítimas de crime : conflitos e harmonias na busca da tutela**. Lisboa : Edual, 2012.

RAMOS, Vânia Costa, **Corpus Jurídus 2000 – imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare**, in Revista do MP, nº108, Out.-Dez. 2006.

REMÉDIO, Alberto Augusto Oliveira e Alberto Esteves. “**Sobre o direito disciplinar da função pública.**” *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. s.d. 634

RISTORI, Adriana Dias Paes, **Sobre o Silêncio do Arguido no Interrogatório no Processo Penal Português**, Almedina, 2007.

RODRIGUES, Anabela Miranda, **A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no admirável mundo novo**, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 12, nº4, Outubro-Dezembro, 2002, pag. 549.

RODRIGUES, Cunha, **Sobre o princípio da igualdade de armas**, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 1, fascículo 1º, 1991, pags. 77.

ROXIN, Claus. **La evolution de la politica criminal, el derecho penal y el proceso penal.**
valência: Tirant lo Blanch, 2000.

SÁ, Líliliana da Silva de, **O dever de Cooperação do Contribuinte e o Direito ao Silêncio do Arguido: Impacto na Actividade Inspectiva**, Ciência e Técnica Fiscal, Centro de Estudos Fiscais, Direcção Geral de Impostos, 2004, n414, pags.171-217.

SANTIAGO, Rodrigo, **Reflexões sobre as declaraes do arguido como meio de prova no Código de Processo Penal de 1987**, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 4, fascículo 1, 1994, pag. 27.

SANTOS, Manuel Simas, LEAL-HENRIQUES, Manuel, **Código de Processo Penal Anotado**, vol.I, 3ª edição, 2008.

SILVA, Germano Marques da, **Curso de Processo Penal, II**”, 4.ª Edição - Revista e actualizada, Editorial VERBO, 2008.

SOUSA, João Ramos de, **Julgamento sem romance: processo penal, literatura jurídica e teoria dos jogos**, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 13, n3, Julho-Setembro, 2003.
_____ **Sub-judice, Justiça e Sociedade**, Lisboa, n. 7 (Set-Dez.1993),
pág.69-70.

TORRES, Ernest C.; BOLIEIRO, Helena, **A Justiça dos dois lados do Atlântico**, 2, Bristol, 1998, A justiça nos dois lados do Atlântico II: o processo penal em Portugal e nos Estados Unidos: dois sistemas jurídicos em busca da justiça: seminário em colaborao com a Procuradoria-Geral da República. - Lisboa: Fundao Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1998. Sessões realizadas na Roger Williams University, na Ralph R. Papitto School of Law, em Bristol, Rhode Island e na Southern New England School of Law, em Dartmouth, Massachusetts.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Processo Penal TOMO I**. Almedina, 2010.

Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo, O progresso ao retrocesso, Almedina2010,

VIDIGAL, José Ferreira, **Pelo que disseram e não disseram**, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14/04/93, *in* Sub judice. Justiça e sociedade, Lisboa, n.7 (Set.-Dez.1993), p.69-70.

WARREN, Earl, **Homem prevenido: os direitos de Miranda**, Sub judice. Novos estilos, Lisboa, n.3 (Mar.1995), p.57-68.

KUTY, Franklin, **L'étendue du droit au silence en procédure pénale**, *in* Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles, a.80, n.3 (mars 2000), p. 309-334

ZUPANCIC, M. Bostjan, **The privilege against self-incrimination**, Report prepared for the Human Rights Conference, Cyprus Human Rights Association, Cyprus, October 16, 1999.

A Autora escreveu a presente dissertação na grafia antiga.